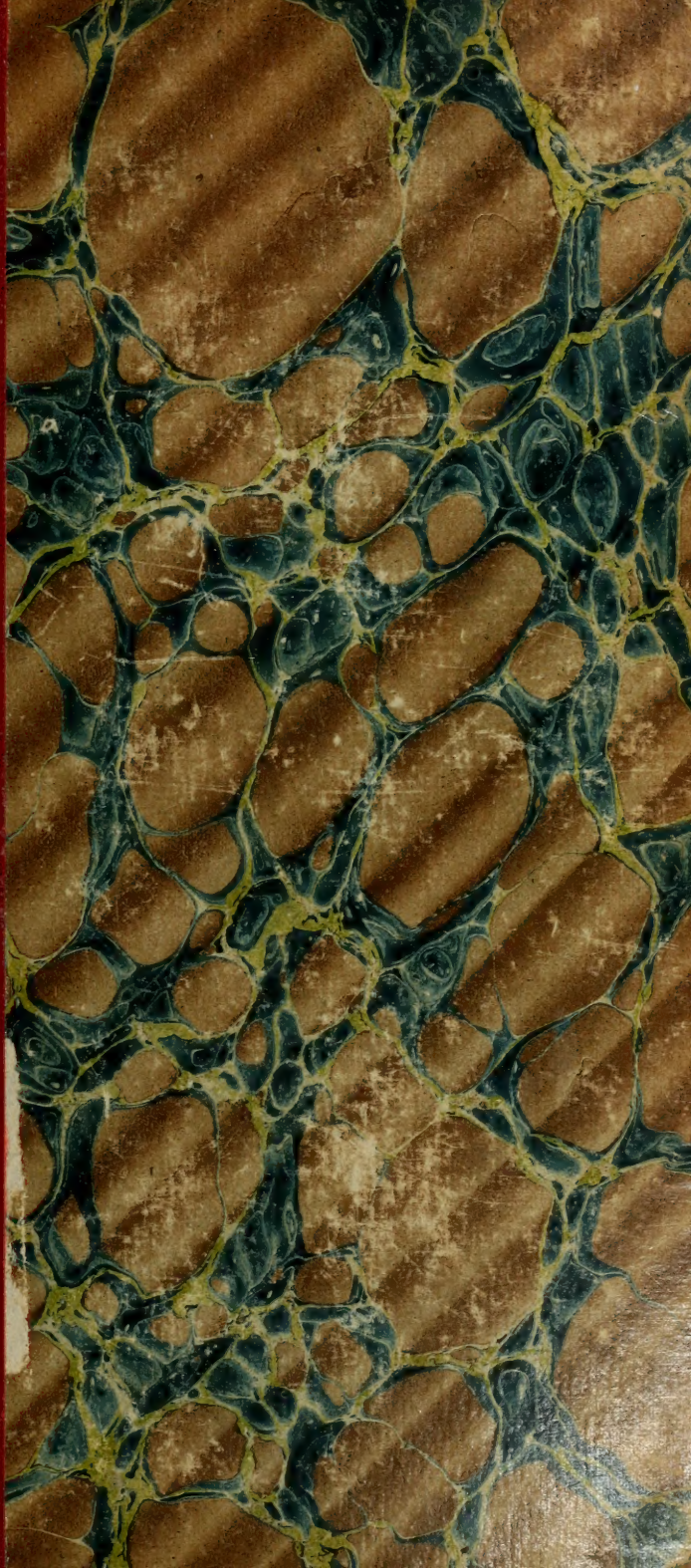


COMMENTAIRE

SUR LE

CODE NAPOLÉON

CONTENANT

L'EXPLICATION DE CHAQUE ARTICLE SÉPARÉMENT

L'Énonciation au bas du Commentaire des questions qu'il a fait naître

LES PRINCIPALES RAISONS DE DÉCIDER *POUR* ET *CONTRE*

L'INDICATION DES PASSAGES DES DIVERS OUVRAGES OU LES QUESTIONS SONT AGITÉES

ET LE RENVOI AUX ARRÊTS

PAR

J.-M. BOILEUX

DOCTEUR EN DROIT, CONSEILLER A LA COUR IMPÉRIALE DE CHAMBÉRY

Sixième Édition

CORRIGÉE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE

TOME DEUXIÈME

PARIS

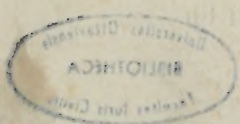
MARESCQ AINÉ, LIBRAIRE-ÉDITEUR

RUE SOUFFLOT, 17

1866

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Iuris Civilis

KJV
444
.21804
.A7
B636
1866
v.2



COMMENTAIRE

SUR

LE CODE CIVIL.

TITRE VI.

Ce titre est divisé en cinq chapitres : les quatre premiers sont relatifs au divorce ; le cinquième, à la séparation de corps.

DU DIVORCE.

(Décrété le 21 mars 1803, promulgué le 31 du même mois.)

Le divorce est la dissolution du mariage prononcée sur la demande des époux ou de l'un d'eux. — (Il a été aboli par la loi du 8 mai 1816.) (1).

CHAPITRE PREMIER.

DES CAUSES DU DIVORCE.

229 — * Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme.

230 — * La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune.

231 — * Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre.

232 — * La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera, pour l'autre époux, une cause de divorce.

233 — Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce.

(1) La loi du 8 mai 1816 abolitive du divorce, sans autre explication, a jeté dans ce titre un désordre tel, qu'il est pour ainsi dire impossible aujourd'hui de préciser les articles qui sont maintenus. Dans le doute, c'est à la jurisprudence à prononcer ; nous nous bornerons à indiquer par un astérisque les anciens articles qui nous paraissent avoir conservé soit directement, soit par analogie, quelque autorité en matière de séparation de corps.

CHAPITRE II.

DU DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE.

SECTION Ire.

DES FORMES DU DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE.

234 — * Quelle que soit la nature des faits ou des délits qui donneront lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, cette demande ne pourra être formée qu'au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux auront leur domicile.

235 — Si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, l'action en divorce restera suspendue jusqu'après l'arrêt de la cour d'assises; alors elle pourra être reprise, sans qu'il soit permis d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur.

236 — * Toute demande en divorce détaillera les faits; elle sera remise, avec les pièces à l'appui, s'il y en a, au président du tribunal ou au juge qui en fera les fonctions, par l'époux demandeur en personne, à moins qu'il n'en soit empêché par maladie; auquel cas, sur sa réquisition et le certificat de deux docteurs en médecine ou en chirurgie, ou de deux officiers de santé, le magistrat se transportera au domicile du demandeur pour y recevoir sa demande.

237 — * Le juge, après avoir entendu le demandeur et lui avoir fait les observations qu'il croira convenables, paraphera la demande et les pièces, et dressera procès-verbal de la remise du tout en ses mains. Ce procès-verbal sera signé par le juge et par le demandeur, à moins que celui-ci ne sache ou ne puisse signer, auquel cas il en sera fait mention.

238 — * Le juge ordonnera, au bas de son procès-verbal, que les parties comparaîtront en personne devant lui, au jour et à l'heure qu'il indiquera; et qu'à cet effet, copie de son ordonnance sera par lui adressée à la partie contre laquelle le divorce est demandé.

239 — * Au jour indiqué, le juge fera aux deux époux, s'ils se présentent, ou au demandeur, s'il est seul comparant, les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement : s'il ne peut y parvenir, il en dressera procès-verbal et ordonnera la communication de la demande et des pièces au ministère public, et le référé du tout au tribunal.

240 — * Dans les trois jours qui suivront, le tribunal, sur le rapport du président ou du juge qui en aura fait les fonctions, sur les conclusions du ministère public, accordera ou suspendra la permission de citer. La suspension ne pourra excéder le terme de vingt jours.

241 — * Le demandeur, en vertu de la permission du tribunal, fera citer

le défendeur, dans la forme ordinaire, à comparaître en personne à l'audience, à huis clos, dans le délai de la loi; il fera donner copie, en tête de la citation, de la demande en divorce et des pièces produites à l'appui.

242 — * A l'échéance du délai, soit que le défendeur comparaisse ou non, le demandeur en personne, assisté d'un conseil, s'il le juge à propos, exposera ou fera exposer les motifs de sa demande; il représentera les pièces qui l'appuient, et nommera les témoins qu'il se propose de faire entendre.

243 — * Si le défendeur comparaît en personne ou par un fondé de pouvoir, il pourra proposer ou faire proposer ses observations, tant sur les motifs de la demande que sur les pièces produites par le demandeur et sur les témoins par lui nommés. Le défendeur nommera, de son côté, les témoins qu'il se propose de faire entendre, et sur lesquels le demandeur fera réciproquement ses observations.

244 — * Il sera dressé procès-verbal des comparutions, dires et observations des parties, ainsi que des aveux que l'une ou l'autre pourra faire. Lecture de ce procès-verbal sera donnée auxdites parties, qui seront requises de le signer; et il sera fait mention expresse de leur signature, ou de leur déclaration de ne pouvoir ou de ne vouloir signer.

245 — * Le tribunal renverra les parties à l'audience publique, dont il fixera le jour et l'heure; il ordonnera la communication de la procédure au ministère public, et commettra un rapporteur. Dans le cas où le défendeur n'aurait pas comparu, le demandeur sera tenu de lui faire signer l'ordonnance du tribunal, dans le délai qu'elle aura déterminé.

246 — * Au jour et à l'heure indiqués, sur le rapport du juge commis, le ministère public entendu, le tribunal statuera d'abord sur les fins de non-recevoir, s'il en a été proposé. En cas qu'elles soient trouvées concluantes, la demande en divorce sera rejetée : dans le cas contraire, ou s'il n'a pas été proposé de fins de non-recevoir, la demande en divorce sera admise.

247 — * Immédiatement après l'admission de la demande en divorce, sur le rapport du juge commis, le ministère public entendu, le tribunal statuera au fond. Il fera droit à la demande, si elle lui paraît en état d'être jugée; sinon, il admettra le demandeur à la preuve des faits pertinents par lui allégués, et le défendeur à la preuve contraire.

248 — * A chaque acte de la cause, les parties pourront, après le rapport du juge, et avant que le ministère public ait pris la parole, proposer ou faire proposer leurs moyens respectifs, d'abord sur les fins de non-recevoir, et ensuite sur le fond; mais, en aucun cas, le conseil du demandeur ne sera admis, si le demandeur n'est pas comparant en personne.

249 — * Aussitôt après la prononciation du jugement qui ordonnera les enquêtes, le greffier du tribunal donnera lecture de la partie du procès-verbal qui contient la nomination déjà faite des témoins que les

parties se proposent de faire entendre. Elles seront averties par le président qu'elles peuvent encore en désigner d'autres, mais qu'après ce moment elles n'y seront plus reçues.

250 — * Les parties proposeront de suite leurs reproches respectifs contre les témoins qu'elles voudront écarter. Le tribunal statuera sur ces reproches, après avoir entendu le ministère public.

251 — * Les parents des parties, à l'exception de leurs enfants et descendants, ne sont pas reprochables du chef de la parenté, non plus que les domestiques des époux, en raison de cette qualité; mais le tribunal aura tel égard que de raison aux dépositions des parents et des domestiques.

252 — Tout jugement qui admettra une preuve testimoniale dénommera les témoins qui seront entendus, et déterminera le jour et l'heure auxquels les parties devront les présenter.

253 — Les dépositions des témoins seront reçues par le tribunal séant à huis clos, en présence du ministère public, des parties et de leurs conseils ou amis, jusqu'au nombre de trois de chaque côté.

254 — Les parties, par elles ou par leurs conseils, pourront faire aux témoins telles observations et interpellations qu'elles jugeront à propos, sans pouvoir néanmoins les interrompre dans le cours de leurs dépositions.

255 — Chaque déposition sera rédigée par écrit, ainsi que les dires et observations auxquelles elle aura donné lieu. Le procès-verbal d'enquête sera lu tant aux témoins qu'aux parties : les uns et les autres seront requis de le signer ; et il sera fait mention de leur signature, ou de leur déclaration qu'ils ne peuvent ou ne veulent signer.

256 — * Après la clôture des deux enquêtes ou de celle du demandeur, si le défendeur n'a pas produit de témoins, le tribunal renverra les parties à l'audience publique, dont il indiquera le jour et l'heure; il ordonnera la communication de la procédure au ministère public, et commettra un rapporteur. Cette ordonnance sera signifiée au défendeur, à la requête du demandeur, dans le délai qu'elle aura déterminé.

257 — * Au jour fixé pour le jugement définitif, le rapport sera fait par le juge commis : les parties pourront ensuite faire, par elles-mêmes ou par l'organe de leurs conseils, telles observations qu'elles jugeront utiles à leur cause; après quoi le ministère public donnera ses conclusions.

258 — Le jugement définitif sera prononcé publiquement : lorsqu'il admettra le divorce, le demandeur sera autorisé à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer.

259 — Lorsque la demande en divorce aura été formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, encore qu'elle soit bien établie, les juges pourront ne pas admettre immédiatement le divorce. Dans ce cas, avant de faire droit, ils autoriseront la femme à quitter la compagnie de son mari, sans être tenue de le recevoir, si elle ne le juge à propos ; et ils condamneront le mari à lui payer une pen-

sion alimentaire proportionnée à ses facultés, si la femme n'a pas elle-même des revenus suffisants pour fournir à ses besoins.

260 — Après une année d'épreuve, si les parties ne se sont pas réunies, l'époux demandeur pourra faire citer l'autre époux à comparaître au tribunal, dans les délais de la loi, pour y entendre prononcer le jugement définitif, qui pour lors admettra le divorce.

261 — * Lorsque le divorce sera demandé par la raison qu'un des époux est condamné à une peine infamante, les seules formalités à observer consisteront à présenter au tribunal de première instance une expédition en bonne forme du jugement de condamnation, avec un certificat de la cour d'assises portant que ce même jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale.

262 — En cas d'appel du jugement d'admission ou du jugement définitif, rendu par le tribunal de première instance en matière de divorce, la cause sera instruite et jugée par la cour royale, comme affaire urgente.

263 — L'appel ne sera recevable qu'autant qu'il aura été interjeté dans les trois mois à compter du jour de la signification du jugement rendu contradictoirement ou par défaut. Le délai pour se pourvoir à la cour de cassation contre un jugement en dernier ressort sera aussi de trois mois, à compter de la signification. Le pourvoi sera suspensif.

264 — En vertu de tout jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, qui autorisera le divorce, l'époux qui l'aura obtenu sera obligé de se présenter, dans le délai de deux mois, devant l'officier de l'état civil, l'autre partie dûment appelée, pour faire prononcer le divorce.

265 — Ces deux mois ne commenceront à courir, à l'égard des jugements de première instance, qu'après l'expiration du délai d'appel; à l'égard des arrêts rendus par défaut en cause d'appel, qu'après l'expiration du délai d'opposition; et à l'égard des jugements contradictoires en dernier resort, qu'après l'expiration du délai du pourvoi en cassation.

266 — L'époux demandeur qui aura laissé passer le délai de deux mois ci-dessus déterminé, sans appeler l'autre époux devant l'officier de l'état civil, sera déchu du bénéfice du jugement qu'il avait obtenu, et ne pourra reprendre son action en divorce, sinon pour cause nouvelle; auquel cas il pourra néanmoins faire valoir les anciennes causes.

SECTION II.

DES MESURES PROVISOIRES AUXQUELLES PEUT DONNER LIEU LA DEMANDE EN DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE.

267 — * L'administration provisoire des enfants restera au mari de mandeur ou défendeur en divorce, à moins qu'il n'en soit autre

ment ordonné par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille, ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants.

268 — * La femme demanderesse ou défenderesse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite, et demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés du mari. Le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider, et fixera, s'il y a lieu, la provision alimentaire que le mari sera obligé de lui payer.

269 — * La femme sera tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en sera requise : à défaut de cette justification, le mari pourra refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites.

270 — * La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, pourra, en tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire.

271 — * Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme.

SECTION III.

DES FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION EN DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE.

272 — * L'action en divorce sera éteinte par la réconciliation des époux, survenue soit depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action, soit depuis la demande en divorce.

273 — Dans l'un et l'autre cas, le demandeur sera déclaré non recevable dans son action ; il pourra néanmoins en intenter une nouvelle pour cause survenue depuis la réconciliation, et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande.

274 — * Si le demandeur en divorce nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en fera preuve, soit par écrit, soit par témoins, dans la forme prescrite en la première section du présent chapitre.

CHAPITRE III.

DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL.

275 — Le consentement mutuel des époux ne sera point admis, si le mari a moins de vingt-cinq ans, ou si la femme est mineure de vingt-un ans.

276 — Le consentement mutuel ne sera admis qu'après deux ans de mariage.

277 — Il ne pourra plus l'être après vingt ans de mariage, ni lorsque la femme aura quarante-cinq ans.

278 — Dans aucun cas, le consentement mutuel des époux ne suffira, s'il n'est autorisé par leurs pères et mères, ou par leurs autres ascendants vivants, suivant les règles prescrites par l'article 150 au titre *du Mariage*.

279 — Les époux déterminés à opérer le divorce par consentement mutuel seront tenus de faire préalablement inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles, et de régler leurs droits respectifs, sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger.

280 — Ils seront pareillement tenus de constater par écrit leur convention sur les trois points qui suivent :

1° A qui les enfants nés de leur union seront confiés, soit pendant le temps des épreuves, soit après le divorce prononcé;

2° Dans quelle maison la femme devra se retirer et résider pendant le temps des épreuves;

3° Quelle somme le mari devra payer à sa femme pendant le même temps, si elle n'a pas de revenus suffisants pour fournir à ses besoins.

281 — Les époux se présenteront ensemble, et en personne, devant le président du tribunal civil de leur arrondissement, ou devant le juge qui en fera les fonctions, et lui feront la déclaration de leur volonté, en présence de deux notaires amenés par eux.

282 — Le juge fera aux deux époux réunis, et à chacun d'eux en particulier, en présence de deux notaires, telles représentations et exhortations qu'il croira convenables; il leur donnera lecture du chapitre IV du présent titre, qui règle les *effets du divorce*, et leur développera toutes les conséquences de leur démarche.

283 — Si les époux persistent dans leur résolution, il sera donné acte, par le juge, de ce qu'ils demandent le divorce et y consentent mutuellement; et ils seront tenus de produire et déposer à l'instant, entre les mains des notaires, outre les actes mentionnés aux articles 279 et 280 :

1° Les actes de leur naissance et celui de leur mariage;

2° Les actes de naissance et de décès de tous les enfants nés de leur union;

3° La déclaration authentique de leurs père et mère ou autres as-

cendants vivants, portant que, pour les causes à eux connues, ils autorisent tel *ou* telle, leur fils *ou* leur fille, petit-fils *ou* petite-fille, marié *ou* mariée à tel *ou* telle, à demander le divorce et à y consentir. Les pères, mères, aïeuls et aïeules des époux, seront présumés vivants jusqu'à la représentation des actes constatant leur décès.

284 — Les notaires dresseront procès-verbal de tout ce qui aura été dit et fait en exécution des articles précédents; la minute en restera au plus âgé des deux notaires, ainsi que les pièces produites, qui demeureront annexées au procès-verbal, dans lequel il sera fait mention de l'avertissement qui sera donné à la femme de se retirer, dans les vingt-quatre heures, dans la maison convenue entre elle et son mari, et d'y résider jusqu'au divorce prononcé

285 — La déclaration ainsi faite sera renouvelée dans la première quinzaine de chacun des quatrième, septième et dixième mois qui suivront, en observant les mêmes formalités. Les parties seront obligées à rapporter chaque fois la preuve, par acte public, que leurs pères, mères ou autres ascendants vivants, persistent dans leur première détermination; mais elles ne seront tenues à répéter la production d'aucun autre acte.

286 — Dans la quinzaine du jour où sera révolue l'année, à compter de la première déclaration, les époux, assistés chacun de deux amis, personnes notables dans l'arrondissement, âgées de cinquante ans au moins, se présenteront ensemble et en personne devant le président du tribunal ou le juge qui en fera les fonctions; ils lui remettront les expéditions en bonne forme des quatre procès-verbaux contenant leur consentement mutuel, et de tous les actes qui y auront été annexés, et requerront du magistrat, chacun séparément, en présence néanmoins l'un de l'autre et des quatre notables, l'admission du divorce.

287 — Après que le juge et les assistants auront fait leurs observations aux époux, s'ils persévèrent, il leur sera donné acte de leur réquisition et de la remise par eux faite des pièces à l'appui : le greffier du tribunal dressera procès-verbal, qui sera signé tant par les parties (à moins qu'elles ne déclarent ne savoir ou ne pouvoir signer, auquel cas il en sera fait mention), que par les quatre assistants, le juge et le greffier.

288 — Le juge mettra de suite, au bas de ce procès-verbal, son ordonnance portant que, dans les trois jours, il sera par lui référé du tout au tribunal en la chambre du conseil, sur les conclusions par écrit du ministère public, auquel les pièces seront, à cet effet, communiquées par le greffier.

289 — Si le ministère public trouve dans les pièces la preuve que les deux époux étaient âgés, le mari de vingt-cinq ans, la femme de vingt-un ans, lorsqu'ils ont fait leur première déclaration; qu'à cette époque ils étaient mariés depuis deux ans, que le mariage ne remontait pas à plus de vingt, que la femme avait moins de quarante-cinq ans, que le consentement mutuel a été exprimé quatre fois dans le cours de l'année, après les préalables ci-dessus prescrits et avec tou-

tes les formalités requises par le présent chapitre, notamment avec l'autorisation des pères et mères des époux, ou avec celle de leurs autres ascendants vivants en cas de prédécès des pères et mères, il donnera ses conclusions en ces termes : *La loi permet;* dans le cas contraire, ses conclusions seront toujours en ces termes : *La loi empêche.*

290 — Le tribunal, sur le référé, ne pourra faire d'autres vérifications que celles indiquées par l'article précédent. S'il en résulte que, dans l'opinion du tribunal, les parties ont satisfait aux conditions et rempli les formalités déterminées par la loi, il admettra le divorce, et renverra les parties devant l'officier de l'état civil, pour le faire prononcer : dans le cas contraire, le tribunal déclarera qu'il n'y a pas lieu à admettre le divorce, et déduira les motifs de la décision.

291 — L'appel du jugement qui aurait déclaré ne pas y avoir lieu à admettre le divorce ne sera recevable qu'autant qu'il sera interjeté par les deux parties, et néanmoins par actes séparés, dans les dix jours au plus tôt, et au plus tard dans les vingt jours de la date du jugement de première instance.

292 — Les actes d'appel seront réciproquement signifiés tant à l'autre époux qu'au ministère public près le tribunal de première instance.

293 — Dans les dix jours, à compter de la signification qui lui aura été faite du second acte d'appel, le ministère public près le tribunal de première instance fera passer au procureur général près la cour royale l'expédition du jugement et les pièces sur lesquelles il est intervenu. Le procureur général près la cour royale donnera ses conclusions par écrit, dans les dix jours qui suivront la réception des pièces : le président, ou le juge qui le suppléera, fera son rapport à la cour royale, en la chambre du conseil, et il sera statué définitivement dans les dix jours qui suivront la remise des conclusions du procureur général.

294 — En vertu de l'arrêt qui admettra le divorce, et dans les vingt jours de sa date, les parties se présenteront ensemble et en personne devant l'officier de l'état civil, pour faire prononcer le divorce. Ce délai passé, le jugement demeurera comme non avenu.

CHAPITRE IV.

DES EFFETS DU DIVORCE.

295 — Les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir.

296 — Dans le cas de divorce prononcé pour cause déterminée, la femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après le divorce prononcé.

297 — Dans le cas de divorce par consentement mutuel, aucun des

époux ne pourra contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce.

298 — Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. La femme adultère sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années.

299 — * Pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas du consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce aura été admis perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté.

300 — * L'époux qui aura obtenu le divorce conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu.

301 — Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire.

302 — * Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.

303 — * Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

304 — La dissolution du mariage par le divorce admis en justice ne privera les enfants nés de ce mariage d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois, ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère; mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu de divorce.

305 — Dans le cas de divorce par consentement mutuel, la propriété de la moitié des biens de chacun des deux époux sera acquise de plein droit, du jour de leur première déclaration, aux enfants nés de leur mariage : les père et mère conserveront néanmoins la jouissance de cette moitié jusqu'à la majorité de leurs enfants, à la charge de pourvoir à leur nourriture, entretien et éducation, conformément à leur fortune et à leur état; le tout sans préjudice des autres avantages qui pourraient avoir été assurés auxdits enfants par les conventions matrimoniales de leurs père et mère.

CHAPITRE V.

DE LA SÉPARATION DE CORPS.

L'ancienne législation française considérait le mariage comme un contrat également soumis aux lois de l'Église et aux lois de l'État : conformément à cette parole de l'Évangile : *Quod Deus conjunxit, homo non separet*, l'Église professait que le lien du mariage ne pouvait être brisé du vivant des époux, et la loi civile, soumise à la loi religieuse, n'autorisait que la séparation de corps. — Ainsi, le divorce, proscrit par les croyances catholiques, n'était admis qu'à l'égard de ceux qui pouvaient l'invoquer, en vertu de leurs dogmes particuliers, comme les juifs, et en certains cas, les protestants.

La remise des registres de l'état civil aux officiers municipaux fut en 1789 un acheminement à l'institution du divorce comme loi de l'État : l'assemblée décréta cette innovation le 20 septembre 1792 ; mais elle n'entrevit pas les abus qui pourraient résulter des principes trop généraux qu'elle venait de consacrer : elle fit du divorce le corrélatif du mariage, au lieu d'en restreindre l'usage aux circonstances d'une évidente et absolue nécessité ; de l'admettre seulement comme exception ; de l'assujettir à des conditions rigoureuses. Elle déclara que le mariage pourrait se dissoudre par consentement mutuel, conformément à cette maxime générale de la loi romaine : *Nihil tam naturale quam eo modo dissolvi quo contrahuntur;* sans considérer que les contrats ordinaires n'intéressent que les contractants, tandis que le mariage intéresse la société entière.

Mais là ne se borna pas le législateur de 1792 : il prononça l'abolition de la séparation de corps : « A l'avenir, porte l'article 7, aucune séparation de corps ne pourra être prononcée, et les époux ne pourront » être désunis que par le divorce. » Son but était de régénérer les mœurs publiques ; cette position mixte de deux époux autorisés par un jugement à vivre séparés de corps et de biens lui paraissait immoral : Dès que le divorce sera permis, disait Bayet dans la séance du 30 août 1792, les nœuds du mariage seront plus étroits ; le divorce sera très-rare. — L'assemblée, cédant à un fatal entraînement, n'eut point égard à cette considération, que les catholiques ne pourraient user du divorce sans froisser leurs croyances religieuses, la dissolution du mariage du vivant des époux étant contraire aux lois de l'Église ; elle ne remarqua point qu'elle se mettait ainsi en contradiction avec le principe de la liberté des cultes, principe qu'elle venait de proclamer.

Le Code civil admit aussi le divorce ; mais une distance énorme séparait l'œuvre de l'an XI de celle de 1792 : en l'an XI, on était éclairé par l'expérience, et le calme politique permettait d'élaborer avec soin des lois d'intérêt privé : la séparation de corps fut rétablie, mais avec certaines restrictions.

La loi du 8 mai 1816, revenant aux principes antérieurs à 1792, a prononcé à son tour la suppression du divorce.

L'article 1er de cette loi est ainsi conçu :

« Le divorce est aboli.

» Toutes demandes et instances en divorce pour cause déterminée sont converties en demandes et instances en séparation de corps ; les jugements et arrêts restés sans exécution par le défaut de prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, conformément aux articles 227, 264, 265 et 266 du Code civil, sont restreints aux effets de la séparation.

» Tous actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel sont annulés ; les jugements et arrêts rendus en ce cas, mais non suivis de la prononciation du divorce, sont considérés comme non avenus, conformément à l'article 294. »

Depuis lors, des propositions plusieurs fois réitérées furent faites pour son rétablissement, mais elles ont échoué devant la chambre des pairs, après avoir été adoptées cependant par la chambre des députés.

Quoi qu'il en soit, le divorce et la séparation de corps doivent être considérées comme deux institutions parallèles : il faut dès lors recourir au chapitre du divorce, soit pour interpréter les règles de la séparation de corps, soit pour les compléter.—Telle a été la pensée du législateur de l'an XI, ainsi que le démontre l'article 306 Code civil (Locré, Législ., t. 5, p. 7-10, p. 131-143), et la loi de 1816, deuxième alinéa, qui convertit en demandes en séparation de corps les demandes en divorce.

Après ces observations préliminaires, occupons-nous spécialement de la séparation de corps.

On nomme *séparation de corps*, la position où se trouvent deux époux dispensés, par un jugement, de l'obligation de vivre ensemble.

La séparation de corps ne détruit pas le mariage ; elle en relâche seulement les liens : les époux se trouvent affranchis de la vie commune et de ses conséquences ; mais les autres effets juridiques du lien conjugal sont maintenus. (*Voyez* art. 203, 212, 213, 215, 217, 223, 225, 267 Cod. civ.)

Tout ce que nous dirons sur cette importante matière se renferme dans le cadre suivant : causes de la séparation de corps, — formes à suivre, — effets du jugement, — comment la séparation peut cesser.

Causes de la séparation de corps.

306 — Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps.

= Nous verrons successivement : 1° quelles sont les causes de séparation ; 2° quelles personnes ont qualité pour exercer cette action.

La séparation de corps peut être prononcée dans les divers cas où il y avait lieu au divorce pour cause déterminée.

Or les cas de divorce pour cause déterminée étaient au nombre de trois (1) :

1° L'adultère de l'un des époux (art. 229 et 230);

2° Les excès, sévices ou injures graves (231) ;

3° La condamnation de l'un des époux à une peine infamante (232).

Quant au consentement mutuel, il n'est pas mis au nombre des causes de séparation. (*Voyez* art. 307.)

Parlons d'abord de la séparation fondée sur l'adultère.

Les deux époux sont également coupables en morale, quand ils ont enfreint la foi conjugale ; mais la faute de la femme est beaucoup plus grave aux yeux du législateur que celle du mari, à raison des conséquences qu'elle peut entraîner.

L'adultère de la femme entraîne dans tous les cas à la séparation de corps, en quelque lieu qu'il ait été commis (art. 220 C. civ.), qu'il s'agisse d'un fait isolé, ou de relations suivies (229 C. civ.).

L'adultère du mari n'est une cause de séparation que lorsqu'il se joint au scandale de l'*entretien d'une concubine* dans la *maison commune* (230 C. civ.) (2).

Ainsi, deux conditions sont requises pour qu'il y ait lieu à séparation dans ce dernier cas ; il faut :

1° Qu'il y ait eu concubinage, c'est-à-dire, des relations suivies, susceptibles de livrer l'épouse légitime à une sorte de rivalité : quelques faits accidentels et fugitifs pourraient constituer une injure grave ; mais ils ne caractériseraient pas le concubinage (3) ;

2° Que la concubine ait été *tenue*, c'est-à-dire, *entretenue* dans la maison commune : sa présence passagère ne suffirait donc pas ; il faut une résidence habituelle. (Dur., n° 547.)

Du reste, que la concubine ait été tenue dans la maison commune, en qualité de domestique, d'institutrice, de dame de compagnie, d'amie ou de parente (4); qu'elle y ait été introduite par le mari, ou par tout

(1) Art. 229.—Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme.

Art. 230.— La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune.

Art. 231. — Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre.

Art. 232. — La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre une cause de divorce.

Art. 233. — Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouve suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce.

(2) Art. 339 C. pén. — Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de 100 fr. à 2,000 francs.

(3) Merlin, Rép., vo Adultère, n° 8 *bis;* — Cass., 5 juillet 1813; Rennes, 13 février 1817, Dev. Pal.; 17 février 1835, Pal.

(4) Dur., n° 547; Massol, p. 34, n° 9; Demolombe, n°s 370 à 372; Zach., p. 552, note 2; — Dijon, 9 janvier 1846, Pal., 1847, 2, 38.

autre (1), peu importe : la femme n'a pas moins été bravée et humiliée; l'article 230 comprend toutes les hypothèses dans la généralité de ses termes.

Bien plus, la loi n'exige même pas que le fait existe encore au moment où la demande est formée; il suffit que la concubine *ait été tenue* dans la maison commune, et qu'il n'y ait pas eu de réconciliation. (*V.* aussi art. 339 C. P.)

Mais que faut-il entendre par *maison commune?* La loi désigne ainsi le lieu où la femme a le droit de se rendre, où le mari est obligé de la recevoir; non-seulement le lieu de l'habitation réelle, habituelle, mais encore celui où les époux résident passagèrement : par exemple, une maison de campagne (2).

L'expression *maison conjugale*, employée à dessein dans l'art. 339 C. P., au lieu de *maison commune*, qui se trouve dans l'article 230 C. C., rend avec précision la pensée du législateur; elle se réfère évidemment non à l'article 108, mais à l'article 214 C. C. (3).

Il a été jugé que le domicile conjugal, le domicile légal, peut se trouver dans un hôtel garni, alors même que la femme n'y résiderait pas (4).

Nous n'excepterons pas même le cas où la femme, dans un moment d'humeur ou par suite d'insinuations perfides, se serait momentanément éloignée : ce fait, s'il prenait le caractère d'injure grave, pourrait seulement autoriser le mari à introduire une action reconventionnelle contre la femme demanderesse en séparation, afin de faire compenser les dépens, et d'obtenir la révocation des donations qu'il lui aurait faites (5).

Bien plus, l'autorisation conférée à la femme d'avoir une résidence distincte, pendant l'instance en séparation, n'affranchit pas le mari de ses devoirs; il aggraverait sa faute, ou ferait naître un grief nouveau contre lui, s'il profitait de cette circonstance pour introduire une concubine dans la maison conjugale; car la femme, surtout lorsqu'elle est demanderesse, a toujours le droit d'y rentrer tant qu'il n'est pas intervenu de jugement définitif (6).

Mais nous n'irons pas jusqu'à dire, avec Massol, p. 33, n° 8, que

(1) Dur., n° 546; Zach., t. 3, § 491; Massol, Sépar. de corps, p. 33, n° 2; Merlin, Rép., Adultère, n° 8 *bis*, p. 10 et 11; Demolombe, n° 373 — Paris, 11 juillet 1812, S., 1812, 2, 425; Cass., 26 juillet 1813, S., 1813, 1, 401.

(2) Zach., p. 353, n° 3; — Besançon, 9 avril 1808, Dev. Pal.

(3) Delv., p. 78, n° 5; Dur., t. 2, n° 544; Valette sur Proudhon, t. 1er, p. 531; Massol, p. 51, n° 8; Encyclop., v° Adultère, note 13; Demolombe, n°s 371 et suiv.; — Cass., 21 décembre 1818, 27 janvier 1819, 1er mars 1825; Agen, 27 janvier 1824, Dev. Pal.

(4) Cass., 17 août 1825, Dev. Pal.

(5) Merlin, Quest., v° Adultère, § 2 et 3; Demolombe, n°s 374 et 375; Dur., n° 545, t. 2; Vazeille, t. 2, n° 535; Massol, p. 51, n° 8; — Cass., 18 août 1825, S., 1826, 1, 1; 21 décembre 1818, S., 1819, 1, 165; 27 janvier 1819, S., 1819, 1, 165; 9 mai 1821, S., 1821, 1, 349; Limoges, 2 juillet 1816; Poitiers, 28 messidor an XII, S., 1804, 2, 180; Douai, 24 juillet 1812, S., 1813, 2, 55; Orléans, 16 août 1820; Agen, 27 janvier 1824, Dev. Pal.

(6) Cass., 27 avril 1858, Grenoble, 18 novembre 1858, Dev. Pal.

la séparation de corps pourrait être accordée, par cela seul que la concubine demeurerait sous le même toit, bien qu'elle occupât un autre local. Cette proposition est trop générale ; par *maison commune*, il faut entendre le logement, l'intérieur du ménage des époux : ce sera l'appartement, s'ils n'occupent qu'un appartement; la maison entière et ses dépendances, s'ils occupent toute la maison (1) : mais, certes, on ne saurait considérer comme suffisantes pour motiver la séparation, les relations que le mari entretiendrait avec une personne qui occuperait un logement distinct du sien, dans une maison où se trouveraient plusieurs locataires : il pourrait y avoir injure grave; par exemple, s'il entretenait sa concubine, sous les yeux de son épouse, après avoir été découvert ou averti, ou s'il se montrait en public avec elle ; mais non cause suffisante de séparation pour adultère (2).

L'adultère n'est pas seulement un tort grave envers l'un des époux ; il constitue un délit :

« La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonne-
» ment pendant trois mois au moins et deux ans au plus (337 C. P.).

« Le mari reste le maître d'arrêter l'effet de la condamnation en
» consentant à reprendre sa femme. » (337 C. P., 2e alin.)

» Le complice de la femme adultère sera puni de l'emprisonnement
» pendant le même espace de temps, et, en outre, d'une amende de
» 100 fr. à 2,000 fr. (338 C. P.).

» L'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari ; cette
» faculté cesse même s'il est dans le cas prévu par l'art. 339. » (336 C. P.)

» Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conju-
» gale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni
» d'une amende de 100 fr. à 2,000 fr. (339 C. P.).

Deux voies sont donc ouvertes à l'époux offensé ; il peut: ou demander la séparation de corps; ou, sans former cette demande, se borner à porter plainte au ministère public, et faire appliquer à son conjoint les peines prononcées par la loi (3).

Observons ici que le délit d'adultère a un caractère spécial; qu'il n'est pas soumis aux règles ordinaires. — L'honneur des familles exigeait qu'on laissât à l'intérêt privé le soin d'en provoquer la répression ; d'ailleurs, la prudence commande souvent à l'époux offensé, surtout lorsqu'il y a des enfants issus du mariage, de laisser ensevelis les désordres accomplis.

La réciprocité de torts produirait même contre le plaignant une fin de non-recevoir en ce qui touche l'application de la peine (4) (argument des articles 336 et 339 C. P. combinés); mais nous verrons que cette

(1) Besançon, 9 avril 1808.

(2) Demolombe, nos 371 et 377; Vazeille, t. 2, no 546; Zach., t. 3, p. 352; Massol, p. 35, nos 8 et 34; no 10,—Bordeaux, 19 mai 1828, S., 1828, 2, 265, Pal. ; Limoges, 21 mai 1835, Dev., 1835, 2, 469; Cass., 14 juin 1836, D., 1836, 1, 353; Caen, 21 juillet 1836, Pal.

(3) Delv., p. 86, no 10; Dur., nos 540 et 548 combinés.

(4) Orleans, 12 août 1820; Cass., 9 mai 1821, Dev. Pal.

circonstance ne suffit pas pour faire rejeter la demande en séparation. *V.* p. 17 et 25.)

Enfin, le tribunal civil peut frapper la femme d'une peine correctionnelle, mais seulement par le *même jugement* qui prononce la séparation (308 C. civ.) : ce jugement une fois rendu, il n'aurait plus qualité (1); l'article 336 C. P. reprendrait son empire

Observons que la loi ne déroge pas pour le mari, comme elle le fait pour la femme, à l'ordre des juridictions : le tribunal civil ne pourrait donc, en prononçant contre lui la séparation pour cause d'adultère, lui infliger la peine portée par l'article 339 C. P.—Nous reviendrons sur ce point. (*Voy.* p. 38.)

Passons à la deuxième cause de séparation :

On nomme *excès*, les actes d'emportement ou de fureur qui dépassent toutes mesures, les attentats qui peuvent compromettre la vie d'une personne.

Les *sévices* sont des actes de méchanceté qui, sans mettre la vie en danger, causent néanmoins un mal réel ; ils consistent dans des voies de fait, dans des mauvais traitements (2) : pour motiver la séparation de corps, ils doivent être continuels ; quelques rares mouvements de vivacité ne suffiraient pas.

Les *injures* graves résultent d'actions qui attaquent l'honneur et la considération : la continuité est de rigueur en matière de séparation (3).

Les injures sont verbales ou réelles. — Les injures *verbales* consistent dans des expressions de mépris, dans des insultes, imprécations proférées ou écrites : quelques paroles dures, échappées dans un moment d'humeur, n'auraient pas ce caractère. — Les injures *réelles* consistent dans des voies de fait, dans des mauvais traitements (4).

L'injure peut motiver une demande en séparation quoiqu'elle n'ait pas reçu de publicité. Les auteurs du Code ont manifesté suffisamment leur pensée à cet égard, en rejetant la proposition faite par M. Tronchet, de substituer aux mots : injures graves, ceux-ci : *diffamation publique* (5) : la non-publicité de l'injure est seulement une circonstance atténuante (6).

Les lettres confidentielles écrites à un tiers, même au père de la

(1) Cette dérogation s'explique par des raisons historiques : l'adultère avait cessé d'être mis au nombre des délits par la loi du 25 septembre 1791. Impatient de rétablir une pénalité, le législateur l'a décrétée dans le Code civil, en s'occupant de la séparation de corps. (Demolombe, n° 380.)

(2) Merlin, Rép., v° Sépar. de corps, § 1, n° 3; Dal., v° Sépar. de corps, p. 885, no 5; Dur., nos 551 et 552.

(3) Besançon, 13 pluviôse an XIII, Dev. Pal.

(4) Merlin, Rép., v° Sépar. de corps, § 1er, note 4; Dur., t. 2, n° 553; Vazeille, n° 549 à 551, t. 2.

(5) Toullier, n° 762, t. 2; Dur., n° 554; Merlin, v° Sépar. de corps, § 1er, n° 4;—Agen, 19 décembre 1829; Poitiers, 29 juillet 1806; Dijon, 30 pluviôse an XIII; Cass., 9 novembre 1830, Dev. Pal.; Dal. 1830, 1, 398.

(6) Bourges, 4 janvier 1825, Dev. Pal.

femme, ne peuvent servir de base à la séparation (1); mais elles perdraient leur caractère confidentiel et pourraient servir de preuves, si, dans l'intention de l'époux qui les a écrites, elles devaient être communiquées au conjoint (2).

Les *excès* sont toujours une cause de séparation ; — en ce qui concerne les *sévices* et *injures*, tout est relatif : le juge doit avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes (3).

Sans admettre la doctrine de la compensation des torts réciproques, doctrine contestée même quand la demande a pour cause l'adultère, il nous paraît hors de doute que la réciprocité doit être prise en considération pour apprécier les griefs de l'époux demandeur contre le défendeur (4). Les tribunaux jugent en fait ces sortes de procès, il n'y a lieu que rarement au pourvoi en cassation (*Voy.* p. 25) (5).

La *condamnation* de l'un des époux à *une peine infamante* (art. 7 et 8 C. P.), encourue pendant le mariage, est la troisième cause de séparation (232, 306 C. civ) (6) : le mariage établit entre les époux une solidarité de considération; l'obligation de vivre avec son conjoint déshonoré, serait, pour celui qui est honnête, un supplice moral qu'on ne pouvait lui infliger. — Nous supposons que la condamnation n'est plus susceptible d'être réformée par aucune voie légale : si elle a été contradictoire, il faut ou que le délai de 3 jours accordé pour le pourvoi en cassation soit expiré, ou que le pourvoi ait été rejeté (373 et 374 Instruction criminelle). Si elle a été prononcée par défaut, la séparation ne peut avoir lieu qu'après la prescription de la peine (635, 641 Instruction criminelle) (7).

La commutation de la peine (8) ou la grâce ne pourrait être opposée

(1) Aix, 17 décembre 1834; Limoges, 17 juin 1824, Pal. Dev.

(2) Nîmes, 30 avril 1834, Dijon, 5 pluviôse an VIII, Dev. Pal.

(3) Besançon, 9 août 1808, Dev. Pal.

(4) Demolombe, n° 385; Toullier, n° 764; Zach., t. 3, p. 555 et 564; Locré sur l'article 231; Merlin, Rép., v° Correction, n° 2, et v° Divorce, sect. 4, § 12; Vazeille, n° 540; Dur., n° 531; — Cass., 11 frimaire an XIV, 14 prairial an XIII; S., 1807, 1, 908; 2 mars 1808, 25 mai 1808, 19 avril 1825, Dev. Pal.; Bourges, 4 janvier 1825; Metz, 7 mai 1807, S., 1807, 2, 649; Toulouse, 9 janvier 1824, S., 1824, 2, 170; 11 janvier 1837, D., 1837, 1, 225; Dev., 1837, 1, 640; Caen, 24 janvier 1840; Bourges, 4 janvier 1825; Paris, 6 avril 1811, 15 mars 1841, D., 1841, 2, 122.

(5) Cass., 11 frimaire an XIV, S., 1806, 1, 97; 16 février 1808, S., 1808, 1, 179; 2 mars 1808, S., 1808, 1, 202; 25 mai 1808, S., 1808, 1, 412; 19 avril 1825, S., 1825, 1, 415; 16 novembre 1825, S., 1825, 1, 453, Dev. Pal.; 11 janvier 1837, Dev., 1837, 1, 640; Pal., 1840, 1, 225.

(6) La loi ne parle que des peines *infamantes;* mais cette expression a été employée uniquement pour exclure les peines purement afflictives. Il n'est point douteux que les peines afflictives et infamantes motiveraient *à fortiori* la séparation.

Les peines afflictives sont la mort, les travaux forcés à perpétuité, la déportation, les travaux forcés à temps, la reclusion, la détention.

Les peines infamantes sont le bannissement, la dégradation civique.

Il est clair que la loi n'entend parler que des peines temporaires, car les peines afflictives perpétuelles emportent mort civile.

(7) Toullier n° 675, t. 2; Vazeille, t. 2, n° 554; Demolombe, n° 397; *Massol*, p. 52, n° 1; — Cass., 17 juin 1813, S., 1813, 1, 295; Paris, 6 août 1840, D., 1841, 2, 48.

(8) Paris, 19 août 1842; Pal., 1847, 2, 505.

comme fin de non-recevoir à la demande en séparation (619 Instruction criminelle); mais il en est autrement de la réhabilitation; car elle efface l'infamie et détruit par cela même la cause de séparation de corps (1) : *cessante causâ cessat effectus.*

Les auteurs signalent avec raison une bizarrerie que nous ne pouvons passer sous silence : la loi attache aux peines *infamantes*, et par suite, au bannissement et à la dégradation civique (art. 8 C. P.), un effet qu'elle refuse aux peines correctionnelles, bien que ces peines puissent consister dans un emprisonnement prolongé : il s'ensuit que le condamné pour affaires politiques, ou les administrateurs convaincus de s'être immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, se trouvent exposés à une action en séparation; tandis que le voleur, condamné successivement et par récidive à 2 ans ou 5 ans de prison, conserve néanmoins la faculté de contraindre la femme honnête et délicate à la vie commune.

Quoi qu'il en soit, le texte est formel; il faut l'appliquer.

Telles sont les causes de séparation. Il peut arriver que les faits, considérés isolément, ne soient pas déterminants par eux-mêmes; néanmoins, s'ils démontrent, réunis en faisceau, que la vie commune est devenue insupportable, les tribunaux, appréciateurs des circonstances, doivent faire droit à la demande.

Il est de jurisprudence que l'on peut invoquer les faits postérieurs à l'introduction de l'instance, même les injures graves qui ont eu lieu dans le cours du procès et à son occasion (2).

Par quels moyens les causes de séparation peuvent-elles être prouvées ?

La condamnation à une peine infamante se prouve par la production d'une expédition en bonne forme de l'arrêt ou du jugement, avec un certificat portant que la condamnation n'est plus susceptible d'être réformée par aucune voie légale (261 C. civ.).

Quant aux faits d'adultère, d'excès, de sévices et d'injures graves, on peut les établir par des écrits, par témoins et même par des présomptions ; car la preuve matérielle est souvent impossible, surtout quand il s'agit de l'adultère. « On porterait trop loin le scrupule, dit Vazeille, » n° 533, si l'on pensait qu'il n'est permis d'être convaincu de l'adul- » tère que lorsqu'il y a preuve *de visu* de la fréquentation qui consti- » tue ce délit ; il n'en est point de plus mystérieux ; il ne laisse pas » de traces que la justice puisse vérifier, et l'on ne peut que très-diffi- » cilement en obtenir des preuves matérielles. Aussi, le droit canon et la » jurisprudence ont-ils décidé que, pour l'établir, indépendamment des » écrits de l'accusé, il suffit de la preuve positive des faits environ-

(1) Dur., n° 559, Vazeille, n°s 558-559; Zach., t. 3, p. 556; Massol, p. 55, n°s 3 et 4; Demolombe, n° 596.

(2) Cass., 26 mai 1807; Paris, 14 décembre 1816; Rouen, 15 mars 1816, Pal. Dev.; Rennes, 21 août 1855, S., 1874, 2, 285; Cass., 1er juin 1856, S., 1857, 1, 89, Pal.

» nants qui décèlent le fait principal, par le rapport évident qui les » joint ensemble (1).

Quelles personnes ont qualité pour former une demande en séparation de corps? — Ce droit est exclusivement attaché à la personne de l'époux outragé (466). Les créanciers, bien loin d'avoir la faculté de l'exercer, ne peuvent même intervenir dans l'instance, droit qui leur est accordé cependant lorsque la séparation de biens est demandée principalement (708, 1447) : il s'agit, en effet, d'une action *vindictam sperans*, d'une demande qui doit avoir pour résultat de relâcher le lien conjugal, si elle est jugée bien fondée : elle ne fait point partie des biens; par conséquent, les créanciers n'ont pu la considérer comme leur gage (2092).

Le tuteur de l'époux interdit pourrait, sans aucun doute, former cette demande (450) (2), mais avec l'autorisation du conseil de famille. On objectera qu'en principe, il a, de sa propre autorité, la capacité d'agir lorsque la loi ne le soumet à aucune condition préalable : nous répondrons qu'il faut restreindre cette règle au cas où l'action a pour objet l'administration des biens; que le tuteur est sans qualité pour les actes qui doivent modifier l'état de la personne (arg. des art. 175, 468, 510).

S'il arrivait que ce fût le conjoint de l'interdit fondé à demander la séparation, qui eût la tutelle (506, 507), l'action serait exercée par le subrogé tuteur (420). (Demolombe, nº 428.)

Par suite du même principe, nous déciderons que la séparation ne peut être *demandée*, après la mort de l'un des époux, soit par les héritiers du prédécédé, contre le survivant; soit par ce dernier, contre les héritiers du prédécédé; car elle n'a plus d'objet.

Mais les héritiers ou successeurs de l'époux qui a introduit l'instance peuvent-ils *la continuer*? La séparation de corps, disent quelques auteurs, n'a pas seulement pour effet d'affranchir les époux de la vie commune; elle touche aux intérêts pecuniaires, puisqu'elle donne lieu à une liquidation, et entraîne contre le défendeur la déchéance des libéralités qu'il a reçues de son conjoint : des conclusions sont censées prises à cette double fin. En réalité, il y a deux chefs distincts; par conséquent, l'action doit passer aux successeurs; on ne voit pas de raison, d'ailleurs, pour les placer dans une position moins favorable que les héritiers de tout donateur (*V.* art. 957) : les faits susceptibles de fonder la séparation sont-ils moins graves que ceux qui peuvent donner lieu à la révocation des donations? l'époux défendeur a-t-il plus de titre à l'impunité que le donataire? Pourquoi dès lors ne pas lui appliquer les mêmes déchéances? La demande, il est vrai, n'a plus d'objet principal : mais l'intérêt pecuniaire subsiste; le decès de l'époux deman-

(1) *V.* aussi Locré sur les articles 229 et 230; Merlin, Rép., vº Adultère, nº 19; quest., § 10, nos 1 et 2; Zach., p. 257; — Bordeaux, 27 février 1807, Dev. Pal.

(2) Massol, p. 26, nº 5; Demolombe, nº 428; — Colmar, 7 février 1852, D., 1855, 2, 150, Pal.; Paris, 21 août 1841, Dev., 1841, 2, 488.

Universitas Ottaviensis BIBLIOTHECA

deur n'empêche pas de statuer sur ce chef accessoire de l'action engagée. D'ailleurs ne faudra-t-il pas prononcer sur la question de dépens, et se livrer par suite au même examen que s'il s'agissait de la séparation? Donc l'action intentée doit recevoir, en l'état, l'effet qu'elle peut encore produire (1).

L'opinion contraire s'appuie, selon nous, sur des raisons mieux fondées en droit et plus conformes à l'équité : en principe, les intérêts pécuniaires, quand il s'agit de la séparation de corps, ne sont qu'accessoires; l'époux outragé demande la séparation; c'est là son principal intérêt : la loi, il est vrai, attache au jugement de séparation certaines déchéances; mais le décès a rendu impossible la cause efficiente de ces déchéances. — Quant à la question de dépens, la seule qui subsiste, l'article 131 Pr. présente un moyen équitable de tout concilier : on peut les compenser.—Au surplus, les héritiers ou autres successeurs ne sont pas lésés, puisque l'article 957, 2e alinéa, les autorise à faire prononcer contre le survivant la révocation des libéralités qu'il a reçues : autre chose, sans doute, est la révocation de droit; autre chose est la révocabilité qui résulte du fait d'ingratitude : mais, nous le répétons, il s'agit d'une action attachée à la personne; pour que les héritiers puissent continuer l'instance, il faudrait que la loi s'en fût expliquée (ce qui a lieu dans les cas des articles 330 et 957); or on ne trouve, au chapitre de la séparation de corps, aucune disposition semblable.—En matière de divorce, la mort de l'un des époux aurait anéanti l'action (264 C. civ.); il doit en être de même quand il s'agit de la séparation de corps. — Des considérations de moralité, de convenances sociales, s'élèvent d'ailleurs contre le système que nous combattons : qu'on se figure des enfants recherchant, dans une enquête publiée à l'audience, la preuve du déshonneur de leur mère (2)!

Nous avons supposé le décès de l'époux demandeur : l'instance pourrait-elle être continuée, par le demandeur survivant, contre les héritiers de l'époux défendeur? Si le décès du donataire, défendeur à une action en révocation de la libéralité pour cause d'ingratitude, éteint l'action (957), à plus forte raison doit-il en être de même en matière de séparation de corps (3).

Fins de non-recevoir que l'on peut opposer à la demande en séparation de corps.—Les mêmes causes qui donnaient lieu au divorce *pour cause déterminée*, pouvant motiver la séparation de corps (306), il paraît conséquent d'admettre, dans le silence de la loi, les mêmes fins de non-recevoir; or, le titre 6 du divorce contient les dispositions suivantes :

Art. 272. « L'action en divorce sera éteinte par la réconciliation des » époux, survenue soit depuis les faits qui auraient pu autoriser cette » action, soit depuis la demande en divorce. »

(1) Vazeille, t. 2, nº 585; Zach., t. 3, p. 360; Delv., p. 82, nº 2; Dur., nº 580; — Bruxelles, 26 avril 1806, S., 1806, 2, 430, Dev. Pal.

(2) Massol, p. 22, nº 4; Demolombe, nº 429; — Cass., 17 juin 1817, S., 1817, 1, 4; Paris, 6 juillet 1814, S., 1815, 2, 272; Douai, 23 mai 1831, D., 1831, 2, 161.

(3) Demolombe, nº 430; *v.* cep. Zach., t. 3, p. 360.

Art. 273. « Dans l'un et l'autre cas, le demandeur sera déclaré non » recevable dans son action ; il pourra néanmoins en intenter une nou- » velle pour cause survenue depuis la réconciliation, et alors faire » usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande. »

Art. 274. « Si le demandeur en divorce nie qu'il y ait eu demande » en réconciliation, le défendeur en fera preuve, soit par écrit, soit » par témoins. »

Au fait de réconciliation nous ajouterons la renonciation de l'époux au profit duquel le droit se trouvait ouvert, lors même qu'elle ne constituerait pas une réconciliation proprement dite (1).

La réconciliation suppose des torts commis et pardonnés : de là quelques personnes concluent que cette fin de non-recevoir n'est point proposable lorsque la demande a pour cause la condamnation de l'un des époux à une peine infamante : elles se fondent sur l'article 261 C. civ., ainsi conçu : « Lorsque le divorce sera demandé par la raison » qu'un des époux est condamné à une peine infamante, les seules » formalités à observer consisteront à présenter au tribunal de 1re » instance une expédition en bonne forme du jugement de condamna- » tion, avec un certificat de la cour d'assises, portant que ce même » jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie » légale (2). »—C'est là s'attacher trop rigoureusement aux termes du texte : pourquoi la réconciliation produit-elle une fin de non-recevoir? parce qu'elle suppose l'abandon d'un droit; or, ce motif s'applique aussi bien au cas de condamnation qu'aux autres causes de séparation (3).

A quelles circonstances le juge reconnaîtra-t-il la réconciliation? Cette question est entièrement livrée à son appréciation (4). Il n'y a pas même lieu de rechercher si les faits dont on prétend la faire résulter sont antérieurs ou postérieurs à la demande en séparation (5). — Bien plus, la survenance d'enfants n'est pas toujours une preuve suffisante (6).

On s'accorde à considérer comme une remise de l'offense, le silence gardé pendant un certain temps : mais quel doit être ce délai? Les uns fixent un an, par argument de l'article 957 C. civ. (Toullier, n° 762, t. 2); d'autres trois ans, par argument de l'article 638 (Instr. crim.; Massol, p. 72, n° 8); d'autres, enfin, exigent trente ans (Zach., t. 3, p. 363). — Mais il nous paraît plus conforme aux principes et plus ration-

(1) Dur., nos 563 et 564; Vazeille, t. 2, n° 575; Demolombe, n° 402; Zach., t. 3, p. 360; Massol, p. 60, n° 1; Toullier, t. 2, n° 761; Valette sur Proudhon, t. 1, p. 532 ; Merlin, Rép., t. 12, § 2, n° 1; — Paris, 28 janvier 1822, S., 1824, 2, 95, Dev. Pal.

(2) Locré sur l'article 272; Delv., p. 79, n° 10; — Grenoble, 17 août 1821, Dev. Pal ; Rouen, 8 février 1841, D., 1841, 2, 192; Pal., 1841, 1, 646.

(3) Dur., nos 572 et 573; Zach., t. 3, p. 360; Massol, p. 68, n° 4; Demolombe, n° 404.

(4) Toullier, n° 761; Dur., n° 570; Demolombe, n° 405; — Cass., 25 mai 1808.

(5) Caen, 20 février 1844.

(6) Dur., nos 571 et 573; Vazeille, no 576; — Besançon, 1er février 1806; Paris, 16 avril 1807; Turin, 14 février 1810; Grenoble, 23 août 1822; Nîmes, 25 février 1808; Cass., 14 juillet 1806, 25 mai 1808, Dev. Pal.; 15 juin 1836, S., 1837, 1, 89, Pal.

nel de laisser au juge le soin de prononcer eu égard aux circonstances. La réconciliation a-t-elle eu lieu? Là est toute la question : que le silence de l'époux offensé ait duré plus ou moins longtemps, cela importe peu; on ne saurait établir à cet égard de règle absolue : il s'agit, nous le répétons, d'une pure appréciation de faits. (Demolombe, n° 409.)

Les faits constitutifs de la réconciliation peuvent s'établir par tous moyens légaux, c'est-à-dire, par des écrits, par témoins, par des présomptions et même par l'aveu du demandeur; libre à lui, en effet, de renoncer à son action.—Mais nous excepterons le serment. On objectera que le défendeur étant libre de proposer ou d'abandonner la fin de non-recevoir résultant de la réconciliation, il n'y a point de raison pour que le serment ne puisse être déféré sur ce fait, soit par l'une des parties à l'autre, soit d'office par le juge (1357) (1). D'une part, ce serait constituer les parties arbitres souverains d'une question qui touche en définitive à l'ordre public, et faire revivre le danger des séparations volontaires et concertées; d'autre part, il n'est pas exact de dire que le défendeur est libre d'opposer ou de ne pas opposer le moyen tiré de la réconciliation : ne serait-il pas dérisoire d'admettre la séparation pour des faits éloignés, par cela seul que le défendeur n'opposerait pas la réconciliation, alors qu'il serait démontré, par les circonstances ou par des écrits, que depuis lors les époux ont vécu en parfaite intelligence? D'ailleurs, les textes sont impératifs : « L'action en divorce *sera* éteinte » par la réconciliation des époux, » porte l'article 272. — « Le deman- » deur sera déclaré non recevable, » porte l'article 273..... Donc, la réconciliation, dûment établie par les documents de la cause, doit faire rejeter la demande, lors même que le défendeur n'invoquerait pas ce moyen; donc elle ne peut être l'objet d'un serment. — Le serment supplétoire est moins dangereux que le serment décisoire, sans doute; mais enfin, comme il a toujours pour effet de livrer jusqu'à un certain point à la volonté des parties le résultat de l'action, nous le rejetterons également (2).

Il va de soi qu'on ne saurait admettre l'action d'un époux qui aurait prêté les mains aux faits illicites qu'il invoquerait pour obtenir la séparation : par exemple, s'il avait, de quelque manière, contribué à l'inconduite de la femme, ou même s'il avait, par son silence, approuvé les faits (3).

La réconciliation des époux, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la demande, éteint la cause de séparation. Dans l'un et l'autre cas, le demandeur doit être déclaré non recevable.—Nous supposons, bien entendu, que les faits susceptibles de motiver la séparation étaient par-

(1) Zach., t. 3, p. 362; — Grenoble, 19 juillet 1838, Pal. 1839, 1, 368; Trèves, 28 mai 1813, Dev. Pal.

(2) Demolombe, n°s 420 et 475; Massol, p. 125, n° 24; Toullier, n° 378; Dur., n° 574, t. 15; Merlin, Rép., v° Serment, § 2, art. 2, n° 6;—Grenoble, 19 juillet 1838, Dev., 1839, 2, 415; Cass., 8 décembre 1832, S., 1833, 1, 528, Pal.

(3) Vazeille, n° 584; Zach., t. 3, p. 364; Demolombe, n° 415; Merlin, Quest., v° Adultère, § 9, n° 2; — Paris, 6 avril 1811, S., 1812, 2, 14, Dev. Pal.

venus à la connaissance de l'offensé à l'époque où il vivait avec son conjoint; autrement, on ne pourrait dire qu'il a renoncé à son droit (1).

Du reste, nonobstant le pardon, il peut former une action nouvelle pour causes survenues depuis, et alors faire usage des anciennes (article 273) (2).—Il n'est pas même nécessaire que les faits nouveaux soient par eux-mêmes assez graves pour faire prononcer la séparation (3). Ces faits trouvent dans les griefs anciens la gravité qui leur manque (4); qu'ils aient été articulés dans une première demande rejetée (5), ou qu'ils n'aient pas été articulés (6), peu importe; quand même ils auraient plus de 30 ans de date (Zach., p. 363), quand même ils seraient d'une autre nature que ceux à raison desquels la deuxième demande est formée : ainsi, des excès, des sévices, des injures graves, feraient revivre une cause résultant de l'adultère, et *vice versâ*. Les faits anciens se présentent sous un jour nouveau quand on les invoque à l'appui de faits plus récents; cet ensemble peut éclairer le juge (7).

Mais le défendeur peut repousser, par l'exception de la chose jugée, une demande fondée sur des faits qui déjà auraient été articulés à l'appui d'une première demande non admise (1351), lorsqu'ils ne se joignent pas à d'autres faits.

L'exception résultant de la réconciliation peut être proposée en tout état de cause, même pour la première fois en appel (8).

— La grossesse de la femme serait-elle une cause de séparation, si son état avait été inconnu du mari au moment du mariage?

Que doit-on décider à l'égard de la condamnation antérieure au mariage, encourue par l'un des époux, s'il a dissimulé ce fait à son conjoint?

La séparation, dit Duranton, ne peut avoir lieu dans le premier cas; elle peut être prononcée dans le deuxième : en effet, pour qu'il y eût adultère, il faudrait que l'enfant eût été conçu pendant le mariage; or, nous supposons que la conception remonte à une époque antérieure, donc il n'y a point lieu à séparation. —Quant à la condamnation, l'art. 232 C. civ. ne distingue pas si elle est antérieure ou postérieure au mariage (9); la vie commune pouvant devenir insupportable avec un individu flétri d'une peine infamante.

(1) Demolombe, n° 405; Massol, p. 67, n° 2; — Limoges, 21 mai 1835, S., 1835, 2, 469.

(2) Dur., n° 565; Zach., p. 362, t. 5; Demolombe, n°s 422 et suiv.; Massol, p. 70, no 5; — Bordeaux, 18 mars 1830, Dev. Pal.; Rennes, 20 août 1835, Pal.; Rouen, 27 juin 1844, Pal., 1844, 2, 290.

(3) Dur., n°s 567 et 568; — Paris, 28 janvier 1822; Cass., 28 juin 1825, 8 juillet 1813, Dev. Pal.; Nîmes, 14 mars 1842, Pal. 1842, 1, 750.

(4) Dur., t. 2, n° 566; Zach., t. 3, p. 362; Massol, p. 70, n° 5; Demolombe, n° 423; — Cass., 2 mars 1808, S., 1808, 1, 202; Rennes, 1er avril 1814; 7 mars 1838, Pal. 1838, Dev. Pal.

(5) Vazeille, t. 2, n° 577; Massol, p. 71, n° 6; Demolombe, *ibid.*; — Toulouse, 30 janvier 1821; Rennes, 14 mars 1842, Pal., 1842, 1, 750.

(6) Dur., n° 567, t. 2; Demolombe, *ibid.*; Vazeille, no 581; Zach., t. 3, p. 362; — Cass., 8 juillet 1813, S., 1815, 1, 128; Rennes, 19 mai 1812; Paris, 28 janvier 1822, S., 1824, 2, 93; Limoges, 21 mai 1835, D., 1835, 2, 167, Pal.

(7) Vazeille, t. 2, n°s 578 et 579; Duranton, t, 2, n° 568; Zach., t. 3, p. 363; Demolombe, *ibid.*; — Cass., 28 juin 1815, S., 1815, 1, 380; Paris, 28 janvier 1822.

(8) Demolombe, n° 421; Zach., t. 3, p. 361. — *Voy.* cep. Aix, 21 décembre 1831, Pal.

(9) Dur., n°s 541 et 562; Dalloz, v° Sépar. de corps, p. 895, n° 15.

Ces deux solutions nous paraissent inconciliables : on peut combattre victorieusement la dernière, par le raisonnement suivant : pour que la séparation puisse être prononcée, il faut que *l'un des époux* ait été condamné ; or, nous supposons que la condamnation est antérieure au mariage, donc la demande en séparation est mal fondée.—Le législateur n'a pas supposé qu'une condamnation aussi grave ait pu rester ignorée du conjoint. — En cas d'erreur, il peut y avoir nullité, mais non cause de séparation. L'art. 232, au surplus, ne fait pas cette distinction (1).

La plupart des auteurs décident par suite qu'on ne peut voir de cause de séparation ni dans l'un ni dans l'autre cas ; mais ils pensent que la dissimulation de faits pourrait, suivant les circonstances, constituer une injure grave, déterminante pour le juge. Cette décision nous paraît équitable et juridique (2).

Si les époux ont demeuré ensemble depuis les faits susceptibles de donner lieu à séparation, doit-on voir dans cette circonstance une réconciliation? Il peut arriver que l'état social des époux, ou leur position de fortune, les ait mis dans la nécessité de continuer la vie commune : c'est au juge à se décider eu égard au degré d'intimité qui a régné entre eux (3).

Quid si la femme est devenue enceinte? La grossesse n'est qu'une suite de la cohabitation ; elle peut être le résultat d'un acte de violence ou d'un instant d'égarement ; il s'agit toujours d'une question de fait (4).

Quid si la femme, après avoir quitté le domicile conjugal, y est ensuite rentrée? Le juge doit tenir compte des motifs qui ont pu lui faire prendre cette détermination (Demolombe, nº 412).

Aux termes de l'article 269 C. civ., « la femme était tenue de justifier de sa » résidence dans la maison indiquée par le tribunal toutes les fois qu'elle en » était requise : à défaut de cette justification, le mari pouvait refuser la pro- » vision alimentaire, et si la femme était demanderesse, la faire déclarer non » recevable à continuer ses poursuites. »

Cet article est-il applicable à la femme demanderesse en séparation de corps? Pour la négative, on dit que la demande en séparation de corps n'est pas soumise aux mêmes errements de procédure que la demande en divorce ; que les déchéances, constituant une pénalité, ne peuvent être étendues d'un cas à un autre ; que le législateur lui-même semble avoir voulu affranchir la femme de cette déchéance, en ordonnant, par l'art. 207, que les demandes en séparation seraient instruites et jugées dans les formes ordinaires ; qu'il s'agit, dans l'article 269 C. civ., d'une règle de procédure ; que suivant l'article 878 Pr., spécialement relatif à la séparation de corps, c'est le président et non pas le tribunal (comme en matière de divorce) qui détermine la maison où la femme pourra

(1) Toullier, no 673, t. 2; Proudhon, p. 491; Zach., t. 3, p. 355; Vazeille, t. 2, nº 560; Favard, Rép., Sépar., sect. 2, § 1er, nº 3.

(2) Demolombe, no 392; Delv., t. 1, p. 78, nº 7; D., Sépar. de corps, p. 891, no 10; Massol, p. 49, nº 9; p. 53, nº 5.

(3) Demolombe, nº 410; Toullier, nº 762, t. 2; Massol, p. 71, nº 7;— Bordeaux, 9 fructidor an XII; — Besançon, 1er février 1806 ; Gênes, 19 août 1811; Rennes, 4 février 1812 et 1er avril 1814, Dev. Pal ; Bordeaux, 4 juillet 1843, Pal., 1844, 1, 128.

(4) Dur., nos 571 et 573, t. 2; Vazeille, t. 2, nº 576; Zach., t. 3, p. 361; Demolombe, nos 410 et suiv. ; — Bordeaux, 9 fructidor an XII, 4 juillet 1843; Dev., 1843, 2, 573; Pal., 1844, 1, 128; S., 1804, 2, 189; Besançon, 1er février 1806, S., 1806, 2, 401; Paris, 16 avril 1807, S., 1807, 2, 661; Cass., 14 juillet 1806, 25 mai 1808, S., 1808, 1. 412, Dev. Pal.; 15 juin 1836, D., 1836, 1, 354; Grenoble, 23 août 1822; D., Sép., p. 896.

se retirer ; que ce texte ne prononce pas la déchéance pénale qui résulte de l'article 269 C. civ.; enfin, que la réconciliation des parties, ou, si l'on veut, la renonciation de la femme à l'action qu'elle a formée, ne peut s'induire de ce qu'elle a quitté la maison qui lui a été indiquée, puisqu'elle n'est pas retournée avec son mari (1). ∿ Nous pensons d'abord, que l'article 269 C. civ. n'a pas le sens absolu qu'on prétend lui attribuer : « Le mari *pourra*, porte cet article, faire déclarer la femme non recevable. » La déchéance était donc facultative; il y avait donc lieu, pour les magistrats, de se déterminer eu égard aux circonstances : pourquoi ne pas étendre cet article au cas de séparation de corps? Le mari n'a-t-il pas le même intérêt à surveiller la conduite de sa femme? — L'article 307, dites-vous, consacre une règle de procédure, une sorte d'exception péremptoire de forme, ce qui le rend inapplicable en cas de séparation de corps : quoi ! ne faut-il pas recourir fréquemment aux articles du divorce, surtout en ce qui concerne la procédure à suivre? Où serait, d'ailleurs, la sanction de l'article 878 Pr., qui confère qualité au président pour autoriser la femme à procéder sur la demande, et à se retirer provisoirement dans une *maison* indiquée? La femme ne peut suivre l'instance qu'en observant toutes les conditions prescrites (2).

La réciprocité de torts peut-elle être opposée comme exception par l'époux défendeur? Ce dernier pourrait-il valablement alléguer que le demandeur se fonde sur des faits semblables à ceux qu'on peut lui reprocher à lui-même, ou sur d'autres faits, si l'on veut, mais également de nature à motiver la séparation? ∿ Point de difficultés si tous deux ont encouru une peine infamante : la susceptibilité de l'époux, lui-même flétri, ne doit pas être écoutée. Ce texte de l'article 232 : « La condamnation de *l'un des deux époux* à une peine infamante sera pour l'autre une cause de divorce, » suppose que le demandeur n'a pas lui-même encouru de condamnation semblable.—Mais que faut-il décider, quand il s'agit de l'adultère, d'excès, sévices ou injures graves? ∿ Ici les opinions se divisent : ceux qui admettent la compensation des torts respectifs raisonnent ainsi : Il résulte de l'article 336 C. pén. que l'adultère de l'un des époux efface la faute de l'autre ; or, si l'époux coupable ne peut faire entendre sa plainte au criminel, à plus forte raison doit-on lui refuser le droit d'agir au civil, dans son intérêt privé. — La même solution s'étend aux autres causes de séparation ; condamner l'époux qui a les mêmes griefs que le demandeur, ce serait admettre en quelque sorte le prix de la course. — Enfin, on invoque l'autorité des lois romaines, le droit canonique, l'opinion des anciens auteurs et celle de certaines lois étrangères (3). ∿ Nous n'admettrons pas ce système : les articles 272-274 n'établissent d'autre fin de non-recevoir que celle qui résulte de la renonciation de l'époux à son droit ; ils ne parlent point de la réciprocité de torts. — On argumente de l'article 336 C. pén., relatif à l'adultère; cet article statue seulement sur l'application de la peine; il est étranger aux matières civiles. — On con-

(1) Dur., nº 578, t. 2; Zach., t. 3, p. 369; —Cass., 13 brumaire an XIV, 27 janvier 1819, S., 1819, 1, 165; Bastia, 2 août 1824; Rennes, 11 février 1833 ; Nancy, 30 août 1831; Bordeaux, 21 floréal an XIII, S., 1805, 2, 138; 6 janvier 1835, Dev., 1835, 2, 347; 27 janvier 1819; Trèves, 8 janvier 1808; Turin, 12 février 1811; Toulouse, 7 août 1811, 10 juillet 1822; Nîmes, 26 décembre 1811; Cass., 16 janvier 1816; Rouen, 26 décembre 1820, 27 janvier 1819; Grenoble, 26 février 1821, Dev. Pal.

(2) Delv., t. 1er, p. 79, nº 10; Chauveau sur l'article 878 Pr., Quest., nº 2975; Massol, p. 87, nº 14; Valette sur Proudhon, t. 1er, p. 537; Demolombe, nº 414; Massol, p. 87, nº 14;—Bruxelles, 15 juillet 1807; Agen, 17 mars 1842, Dev., 1842, 2, 315; Pal. 1842, 2, 530; Cass., 23 novembre 1841, Pal., 1842, 1, 17.

(3) Vazeille, t. 2, nºs 536 et 542; Dur., nºs 574 à 576; Massol, p. 39, nº 4, et p. 85, nº 13; — Cass., 7 nivôse an VII, S., 1804, 1, 187, Dev. Pal.

çoit que le mari ne puisse provoquer contre sa femme l'application de la peine correctionnelle pour des faits semblables à ceux qui peuvent lui être imputés à lui-même : mais la position change quand il s'agit de prononcer la séparation de corps, de statuer sur des intérêts purement civils. — Le mari, disent nos adversaires, obtiendra indirectement par cette voie une condamnation pénale; erreur : la femme pourra, lorsque le ministère public requerra contre elle l'application de la peine, se prévaloir de l'article 336 du Code pénal; et le tribunal civil, qui remplit l'office du tribunal correctionnel, aura égard à cette exception ; il n'infligera pas une peine que ce dernier tribunal ne pourrait prononcer. — On ajoute, enfin, que la séparation ne doit pas être le prix de la course ; rien de plus vrai ; mais, alors, que chacun des époux demande la séparation : tous deux gagneront ; tous deux perdront ; la position sera égale ; aucun texte ne s'oppose à cette action simultanée. — Enfin, il est une dernière considération qui nous paraît toute-puissante : la séparation n'est pas seulement fondée sur l'intérêt privé ; elle a pour base principale l'ordre public, qui se trouverait compromis si deux époux à jamais irréconciliables, fussent-ils également coupables, étaient néanmoins forcés de supporter la vie commune (1). — Au surplus, les tribunaux, appréciateurs souverains des faits, ne manqueront pas de prendre en considération cette réciprocité de torts, soit pour apprécier la demande en elle-même, soit pour statuer sur les questions d'intérêt pécuniaire qui en seront la conséquence ; par exemple, relativement à la compensation des dépens (art. 131 et 147 Pr., 1518 C. civ.); soit sur la surveillance des enfants mineurs (2). — Il est même admis que les torts de la femme peuvent, dans certaines circonstances, rendre excusables les violences du mari, et que les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la conduite des époux (3).

Si nous refusons à l'époux défendeur la faculté d'invoquer, comme fin de non-recevoir, des faits semblables à ceux qu'on peut lui imputer à lui-même, à plus forte raison lui interdirons-nous la faculté de se prévaloir de faits d'une autre nature.—Par exemple, le mari défendeur à une demande en séparation de corps ne pourrait opposer l'inconduite de sa femme, comme une compensation des excès, sévices ou injures dont elle se plaindrait (4).

Procédure en séparation de corps.

307 — Elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile : elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux.

= Le divorce et la séparation de corps sont considérés dans notre

(1) Favard, Rép., Sép. entre époux, sect. 2, § 2, n° 6; Toullier, t. 2, n° 763; Zach., t. 3, p. 364; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 552; Merlin, Quest., v° Adultère, § 8, n° 2, et § 10, n° 2; Divorce, sect. 4, § 12; Demolombe, n° 416; — Metz, 7 mai 1807; Rouen, 13 mars 1816; Orléans, 16 août 1820; Toulouse, 9 janvier 1824; Cass., 9 mai 1821, Dev. Pal.; Bourges, 24 mars 1840, Dev. 1840, 2, 505; Rennes, 28 décembre 1855, Pal.; Bordeaux, 4 juillet 1843, Dev. 1843, 2, 573; Aix, 14 mars 1845, Pal., 1844, 2, 188; Amiens, 1er août 1840, Pal., 1842, 2, 24.

(2) Toullier, n° 763; Dur., n° 579; Vazeille, t. 2, n° 583; — Cass., 23 août 1809.

(3) Toulouse, 9 janvier 1824; Orléans, 16 août 1826, 11 avril 1852 ; Rennes, 1er juin 18[illegible] ; Cass., 9 mai 1821, 11 janvier 1857; Pal., 1849, 1, 225; Bordeaux, 24 mai 1845, Pal., 1845, 2, 277.

(4) Bruxelles, 15 juillet 1807, Pal. Dev.

législation, ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois déjà, comme deux institutions parallèles.—Toutefois, le législateur n'admet pas la séparation par consentement mutuel. Quels sont ses motifs? Il a considéré :

1° Que le divorce par consentement mutuel était entouré de plusieurs conditions restrictives qu'on n'a pu admettre dans la séparation de corps (art. 295 et suiv.);

2° Que les époux séparés de corps ayant toujours la faculté de se réunir, on avait à craindre qu'ils ne se fissent un jeu du mariage en se séparant et en se rapprochant par de purs caprices; que la séparation de corps ne favorisât ainsi l'inconstance et l'immoralité.—Cet inconvénient ne se présentait point en cas de divorce; car les parties ne pouvaient plus se réunir (295);

3° Enfin, on a craint que la séparation de corps par consentement mutuel ne devînt, pour les époux, un moyen de fraude; car ils n'auraient pas manqué de prendre cette voie pour arriver indirectement à la séparation de biens, tout en échappant à l'intervention des créanciers, intervention qui ne peut avoir lieu en matière de séparation de corps, mais qui est autorisée quand la séparation de biens est demandée principalement. (1447 C. civ., 871 Pr.) (1).

Du principe que la séparation de corps ne peut avoir lieu par consentement mutuel, il résulte que l'aveu du défendeur, isolé de tout autre circonstance, ne suffirait pas pour former une preuve complète (870 Pr.); ce fait ne peut être, pour le juge, qu'un élément de conviction (2).

Quant au serment (1358), on ne doit pas même le déférer en matière de séparation de corps. Ce genre de preuve est admis, uniquement quand il s'agit d'une contestation relative à des intérêts pécuniaires; on ne saurait l'étendre aux matières qui touchent essentiellement à l'ordre public. — Le serment décisoire, et même, jusqu'à un certain point, le serment supplétoire (Demolombe, n° 475), dessaisit le magistrat, et constitue l'une des parties, pour ainsi dire, juge du procès; or, cette transaction ne peut avoir lieu quand il s'agit d'une question d'État. — Ajoutez, en ce qui concerne le serment supplétoire, qu'il devrait presque toujours être déféré au demandeur, ce qui constituerait une fâcheuse inégalité de position judiciaire entre les parties (Voyez p. 22). — Du reste, nous n'entendons pas exclure l'interrogatoire sur faits et articles: le tribunal pourrait certainement autoriser ce moyen de preuve; car la loi ne l'interdit pas. Ce n'est là, d'ailleurs, qu'une mesure préparatoire, qui ne préjuge rien, et qui ne présente, sous aucun rapport, les mêmes inconvénients que le serment (324 Pr.) (3).

On ne regarderait pas comme séparation volontaire, celle que l'époux

(1) Les créanciers ont seulement la faculté de surveiller la liquidation pour empêcher qu'elle ne s'opère en fraude des droits de la femme. — Carré, p. 248, n° 2980.

(2) Dur., n° 602, t 2; Vazeille, n° 564, t. 2; Zach., t. 3, p. 358; Locré, Législ., t. 5, p. 280; Proudhon, t. 1er, p. 534; Demolombe, n° 474; — Cass., 11 frimaire an XIV; S., 1806, 1, 97, Dev. Pal.

(3) Demolombe, n° 476; — Caen, 31 juillet 1819, Dev. Pal.

défendeur laisserait prononcer en faisant défaut, ou à laquelle il acquiescerait tacitement en ne s'opposant pas au jugement (1).

Quel serait l'effet de l'acquiescement formel? Si les délais n'étaient point expirés, le défendeur conserverait la faculté d'interjeter appel; car toutes conventions sur les questions d'état sont réputées non avenues.

Les mêmes motifs doivent faire décider que les juges violeraient l'article 307, s'ils basaient leur décision sur un acquiescement à une demande en séparation (2).

La demande en séparation de corps, porte l'article 307, sera intentée, instruite et jugée *de la même manière* que toute autre action civile : il suit de là que les formes spéciales prescrites par les articles 234 et suivants C. civ., sur le divorce, ne sont point applicables en cette matière.

La procédure en séparation de corps s'écarte néanmoins, sous plusieurs rapports, des règles ordinaires : on remarque, notamment, les différences suivantes :

1° Le préliminaire de conciliation n'a pas lieu devant le juge de paix, mais devant le président du tribunal civil. — Le tribunal compétent est, comme de raison, celui du domicile conjugal (878 Pr.).

2° Les parents et les domestiques ne sont pas reprochables en matière de séparation de corps; il en est autrement quand il s'agit d'une enquête ordinaire (3).

Voyons quelle est la procédure à suivre :

L'époux qui veut se pourvoir en séparation doit présenter, au président du tribunal, une requête contenant sommairement les faits, quand même ces faits seraient de nature à motiver une action criminelle, et joindre à cette requête les pièces à l'appui (875 Pr.) : qu'il se fonde sur la condamnation de son conjoint à une peine infamante ou sur toute autre cause, peu importe; l'art. 307 est absolu.

La femme peut, sans être autorisée de son mari ou de justice, présenter cette requête (4).

Les mineurs ont également cette faculté, bien qu'ils n'aient pas obtenu l'autorisation du conseil de famille, et qu'ils ne soient pas assistés de leur curateur; car la loi, conçue en termes généraux, s'applique indistinctement à tout époux demandeur (5).

Pour procéder, en matière de séparation de corps, devant toutes les juridictions, l'ordonnance du président suffit (6).

(1) Aix, 14 décembre 1837; Pal., 1840, 2, 434; Cass., 21 août 1838, Pal., 1838, 2, 134; Paris, 19 janvier 1843, Pal., 1843, 1, 345.

(2) Aix, *ibid.*; Cass., *ibid.*

(3) Demolombe, n° 447; Dur., n° 581; Toullier, n° 765; Zach., t. 3, p. 365; Vazeille, n° 562; Chauveau, Quest. 2965; — Cass., 27 juillet 1825, S., 1825, 1, 382, Dev. Pal.; Paris, 7 août 1835, Dev., 1835, 2, 492.

(4) Cass., 13 brumaire an XIV, 17 janvier 1822; Bordeaux. 21 floréal an XIII, 1er juillet 1806; Rouen, 26 décembre 1820; Lyon, 12 janvier 1825; D., Sép. de corps, ch. 1er, sect. 5; Dev. Pal.

(5) Colmar, 12 décembre 1816, et autres arrêts; D., *ibid.*, Pal. Dev.

(6) Toullier, n° 767; Dur., n° 588, t. 2; Massol, p, 105, nos 9 et 11; Demolombe, n° 445.

Le président fait droit à la requête par une ordonnance portant que les époux se présenteront devant lui à jour indiqué (876 Pr.).

Les parties doivent comparaître en personne, sans assistance d'avoués ni de conseils (877 Pr.).

Si quelques-uns des faits allégués sont de nature à motiver une poursuite criminelle ou correctionnelle de la part du ministère public, la demande en séparation reste suspendue jusqu'après l'arrêt de la cour d'assises ; cette demande peut alors être reprise, sans qu'il soit permis d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-recevoir contre l'époux demandeur; car la faute peut, sans paraître assez grave pour donner lieu à des poursuites criminelles, être néanmoins de nature à faire prononcer la séparation (arg. de l'article 235 Code civil, et 3 Inst. criminelle ; Locré, p. 156, n° 17) (1).

Les tribunaux criminels ou correctionnels ne seraient pas compétents pour statuer sur la séparation de corps : en décidant que l'action civile peut être poursuivie devant les mêmes juges que l'action publique, l'art. 3 Inst. crim. n'a entendu parler que des dommages-intérêts.

Si le défendeur fait défaut, le demandeur n'est pas moins autorisé à continuer les poursuites ; si c'est au contraire le demandeur qui ne se présente pas, il est censé renoncer à son action. Le juge doit prononcer sur ce point, eu égard aux circonstances ; la loi s'en rapporte à son appréciation (2).

Rien ne s'oppose à ce que le président prolonge, par une remise, l'essai de conciliation (3), pourvu que les délais ne dégénèrent pas en déni de justice (4).

Le président fait aux deux époux les observations qu'il croit propres à opérer un rapprochement ; s'il ne peut y parvenir, il rend, ensuite de la première ordonnance, une deuxième, portant qu'attendu qu'il n'a pu concilier les parties, il les renvoie à se pourvoir devant le tribunal, sans qu'il soit besoin d'un essai de conciliation au bureau de paix ; il autorise d'office, par la même ordonnance, la femme demanderesse ou défenderesse, à procéder sur la demande et à se retirer dans une maison qu'il indique, pour y rester pendant l'instance (268 C. civ.) (5), (878 Pr.).—C'est là, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, une exception à la règle de l'article 283 Pr. (6).

En vertu de l'ordonnance du président, l'époux qui poursuit la sépa-

(1) Delv., p. 82, n° 2; Dur., n° 588; Massol, p. 96, n° 4; Demolombe, n° 443.

(2) Cass., 28 mai 1828, S., 1828, 1, 234, Dev. Pal.

(3) Valette sur Proudhon, t. 1er, p. 356, note.; Demolombe, n° 442; Massol, p. 110, n° 15; — Pau, 18 janvier 1830, S., 1830, 2, 183; Paris, 20 mai 1844 et 15 juillet 1844; Dev., 1844, 2, 563 et 565; Pal., 1844, 1, 737.

(4) Paris, 15 juillet 1844, Pal., 1845, 1, 147.

(5) Cass., 26 mars 1828; Poitiers, 14 juin 1829, Dev. Pal.

(6) Dur., n° 607; Toullier, n 769; Massol, p. 116, n° 19; Chauveau, Quest. 2983; Demolombe, n° 479; Proudhon, p. 358 et 359; — Paris, 7 août 1809, 12 decembre 1809; Cass., 8 mai 1810; Toulouse, 25 janvier 1821; Amiens, 5 juillet 1821; Nancy, 7 juillet 1827, Pal. Dev.; Bordeaux, 2 août 1842, Pal., 1842, 2, 698.

ration assigne son conjoint à comparaître devant le tribunal, sans qu'il soit besoin, dans aucun cas, de faire afficher et publier la demande (ainsi que cela est prescrit en matière de séparation de biens); car la loi ne le prescrit point (arg. *à contrario* des art. 866, 872, 878 à 880 Pr.) (1).

Si le tribunal juge les faits pertinents, il ordonne une enquête (253, 424 et suiv. Pr.) : l'enquête n'a pas lieu sommairement à l'audience, mais comme en matière ordinaire (2).

Les parents des parties, à l'exception de leurs enfants et descendants, ne sont pas reprochables du chef de la parenté, non plus que les domestiques des époux, en raison de cette qualité : ayant assisté nécessairement aux discussions intérieures qui se sont élevées entre les époux, on a pensé qu'ils seraient à même d'éclairer la justice (3). Mais le tribunal aura tel égard que de raison à leurs dépositions (251 C. civ.).

Est-ce à dire, comme on l'a prétendu par argument de l'article 251 C. civ., qu'à l'exception des enfants et descendants, tous autres puissent être entendus comme témoins (4)? Ce serait méconnaître la pensée du législateur : l'article 283 Pr. contient une règle générale; l'article 251 C. civ. établit seulement une exception : or, cet article ne parle que des parents et des domestiques; donc, la règle conserve son empire Par exemple, on pourrait certainement reprocher le donataire de l'un des époux; les personnes qui auraient donné des certificats relatifs au procès, etc. (5).

L'enquête terminée, l'affaire vient à l'audience pour être jugée comme toutes autres contestations, après plaidoiries; le ministère public est entendu, car il s'agit d'une question d'état.

Le tribunal peut, sans ordonner d'enquête, ou rejeter purement et simplement la demande, si les faits ne lui paraissent pas pertinents et admissibles (253, 234, etc., Pr.), ou prononcer la séparation *de plano*, si les faits allégués sont prouvés par des pièces non suspectes.

L'époux défendeur peut opposer tous moyens propres à faire rejeter la demande, notamment celui résultant de la réconciliation. (*V. supra*, p. 20 et suiv.)

Le mode de procéder que déterminent les articles 875-878 Pr. souffre quelques exceptions: 1° on admet en jurisprudence qu'il faut étendre à la séparation de corps l'article 261 du divorce. Cet article est ainsi conçu : « Lorsque le divorce sera demandé par la raison qu'un des époux est

(1) Merlin, Rép., Sép. de corps, § 3, n° 10; Dur., t. 2, n° 598; *voy.* cep. Pigeau, t. 2, p, 527.

(2) Carré, p. 249, n° 2982; Dur., n° 605; Zach., p. 366; Massol, p. 116, n° 19; — Colmar, 22 avril 1807; Dal., v° Sép. de corps, p. 906.

(3) Cass., 8 mai 1810, S., 1810, 1, 229; Nancy, 7 juillet 1827; Paris, 7 août et 12 décembre 1809; S., 1815, 2, 202; Cass., 8 juillet 1813; Amiens, 5 juillet 1821, S., 1821, 2, 149, Dev. Pal.; Rennes, 22 janvier 1840, Dev., 1840, 2, 149; Bordeaux, 2 août 1842. Pal., 1842, t. 2, p. 698.

(4) Zach., p. 358; — Cass,, 8 juillet 1813, S., 1815, 1, 128.

(5) Dur., t. 2, n° 607, note.

» condamné à une peine infamante, les seules formalités à observer » consisteront à présenter au tribunal de première instance une expé- » dition en bonne forme du jugement de condamnation, avec un certi- » ficat de la cour d'assises, portant que ce même jugement n'est plus » susceptible d'être réformé par aucune voie légale (1). »

Ce que l'article 261 C. civ. établit pour le cas de condamnation à une peine infamante, nous l'appliquerons au cas où le demandeur produirait des lettres contenant des injures graves (2).

Il est généralement admis que le demandeur pourrait proposer, à l'appui de sa demande, les faits qu'il aurait omis d'indiquer dans sa requête introductive ; car l'article 875 Pr. n'attache aucune déchéance à cette omission.

2° La demande reconventionnelle en séparation, formée par l'époux défendeur, n'est pas soumise à l'application des articles 875 et suiv. Pr. Ces articles n'ont évidemment prévu que l'hypothèse d'une première demande introduite au principal : à quoi servirait un essai de conciliation, puisque l'instance est engagée (3)?

Il a été jugé que la séparation peut être demandée reconventionnellement, même en appel (arg. de l'art. 664 Proc.) (4).

3° Lorsque le demandeur est interdit, l'action est exercée par son tuteur. En ce cas, l'autorisation du conseil de famille est suffisamment remplacée par les garanties qui résultent des articles 815 et suivants (*V.* p. 19) (5).

La loi n'impose pas aux parties l'obligation de se présenter devant l'officier de l'état civil, comme cela était prescrit pour le cas de divorce (264) ; la séparation de corps résulte du jugement.

Le jugement doit être affiché et publié dans les formes voulues par les articles 872 et 880 Proc.; que l'un des époux soit ou non commerçant, peu importe (1445 Cod. civ., 66 Cod. de com.) : c'est là une condition essentielle pour que la séparation de biens, conséquence de la séparation de corps, produise son effet vis-à-vis des tiers (6).

Voici le texte de l'article 872 Pr. :

Extrait du jugement de séparation de corps doit être inséré sur un

(1) Pigeau, t. 2, p. 574; Carré, Quest. 2968; Delv., p. 82; Dur., n° 586, t. 2; Bioche, Sép. de corps, n° 34; Massol, Sép de corps, p. 106; Valette sur Proudhon, p. 356, note *a;* Massol, p. 106, n° 12; Demolombe, n° 433; — Cass., 17 décembre 1839, D., 1840, 1, 68; Paris, 6 août 1840, Dev., 1841, 2, 50; Pal., 1840, 2, 370; Colmar, 15 juillet 1846, Pal., 1847, 1, 440;—*v.* cep. Toullier, n° 771, t. 2; Zach., t. 3, p. 365; Favard, Sép. de corps, t. 5, p. 113; Demolombe, n° 435; Chauveau, Quest. 2968.

(2) Demolombe, n°s 472 et 473.

(3) Demolombe, n°s 436 et suiv., — Cass., 27 mai 1846, Dev., 1846, 1, 747; Pal., 1846, 2, 82; Bourges, 24 mai 1840, Dev., 1840, 2 503; Pal., 1840, 2, 515; Rennes, 12 février 1844, Pal., 1844, 1, 525; Paris, 24 juin 1844, Pal., 1844, 2, 92; Bordeaux, 4 juillet 1843, Dev., 1843, 2, 573; Pal., 1844, 1, 128; Rennes, 12 février 1844, Pal., 1844, 1, 525; — *V.* cep. Massol, p. 96, n° 5; Bioche, Sép., n° 73; Chauveau, Quest. 2972; — Rouen, 26 décembre 1850; Bourges, 11 mai 1813.

(4) Demolombe, n°s 436 et 437; — Angers, 8 avril 1840, Dev., 1840, 2, 411; Caen, 4 juin 1834; Pal., 14 juin 1842.

(5) Demolombe, n° 438; Massol, p. 167, n° 13.

(6) Zach., t. 3, p. 368; — Cass., 14 mars 1837, S., 1837, 1, 318.

tableau à ce destiné, et rester exposé pendant un an dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, même lorsqu'il n'est pas négociant; et s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari (872 Pr.). —Il résulte des articles 880 Pr. et 66 C. de com., que pareil extrait doit être inséré au tableau exposé en la chambre des avoués et notaires, s'il y en a.

La séparation de biens ne produit son effet à l'égard des tiers qu'à partir de l'accomplissement de ces formalités, sans qu'il y ait lieu de distinguer si leurs droits contre le mari sont antérieurs ou postérieurs à la séparation de corps prononcée.

Mais la disposition de l'art. 1444, qui déclare nulle la séparation de biens obtenue, principalement si elle n'a point été exécutée par le payement réel des droits et des reprises de la femme, effectué par acte authentique, jusqu'à concurrence des biens du mari, ou au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement, et non interrompues depuis, n'est point applicable à la séparation de biens, conséquence de la séparation de corps. Cette publicité a pour but unique d'empêcher le mari d'abuser, par un crédit imaginaire, de la bonne foi des créanciers qui ne connaîtraient pas sa position; or, ce danger n'existe pas ici, puisque la séparation de corps n'a pas pour cause la mauvaise administration des biens.

Les mêmes motifs doivent faire décider que les créanciers du mari ne peuvent intervenir dans l'instance en séparation de corps (faculté qui leur est accordée quand l'instance a pour objet principal la séparation de biens) (1447), et qu'ils ont seulement la faculté de surveiller la liquidation des droits de la femme, pour empêcher qu'elle ne se fasse en fraude de leurs droits (*V.* p. 19) (2).

Le jugement de séparation peut être attaqué par voie d'opposition, d'appel, ou de cassation; cela n'est pas douteux, puisque la loi ne déroge point, pour ces sortes d'affaires, aux règles de droit commun. Il faut même observer que le pourvoi en cassation n'est pas suspensif, comme il l'était en matière de divorce (263): le texte de l'art. 307 est positif (3).

Mesures provisoires et conservatoires auxquelles donne lieu la demande en séparation de corps.

Les mesures provisoires auxquelles pouvait donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée, s'appliquent à la séparation de corps,

(1) Dur., n° 611; Zach., p. 368; — Cass., 14 mars 1837, Dev., 1837, 1, 318; Aix, 15 avril 1839, Dev., 1839, 2, 391; Orléans, 25 novembre 1848, Pal., 1848, 2, 676.

(2) Carré, t. 3, p. 248, n° 2980.

(3) Dur., nos 605 et 609, t. 2; Zach., t. 3, p. 368; Demolombe, n° 492; — Bordeaux, 17 messidor an XIII, Dev. Pal.

sous les modifications qui résultent de l'article 307 Code civ. et 878 Procéd. (1).

Ces mesures sont relatives à la personne des enfants, à la personne de la femme, et à ses intérêts pécuniaires.

Mesures provisoires relatives aux enfants.—Durant le procès, « l'administration de la personne des enfants reste au mari (demandeur ou » défendeur), à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tri» bunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille, ou du » ministère public, pour leur plus grand avantage. (267 Cod. civ.) » Les tribunaux ont sur ce point un pouvoir discrétionnaire (2); ils confient ordinairement les filles à leur mère demanderesse (3).

Souvent, en cas d'urgence, le président prend sur lui de statuer provisoirement et sans délai (Massol, p. 154, n° 2; de Belleyme, t. 1er, p. 64).

Du reste, il n'y a rien de définitif dans ces mesures; comme elles sont prises pour le plus grand avantage des enfants, le tribunal peut toujours les modifier ou les rétracter.

A plus forte raison, doit-il en être ainsi de celles qui ont été prises par les époux, d'un commun accord (4).

Mesures provisoires relatives à la femme.—La demande en séparation de corps ne peut dépouiller le mari de ses droits sur la personne et sur les biens de son épouse, ni, à plus forte raison, sur les biens communs : mais, d'une part, il importait de soustraire la femme au danger de l'habitation commune; d'autre part, il était à craindre que, pendant l'instance, le mari n'abusât de ses droits comme administrateur des biens.

La loi pourvoit à la sûreté de la personne par l'art. 878 Pr., ainsi conçu : « Le président (5) autorisera, par la même ordonnance, la » femme à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties » seront convenues, ou qu'il indiquera d'office; il ordonnera que les » effets à l'usage journalier de la femme lui seront remis; les deman» des en provision seront portées à l'audience. » Cet article est en harmonie parfaite avec l'article 268 C. civ., sur le divorce (6).

Delvincourt, p. 84, décide que la maison indiquée à la femme pour

(1) Delv., p. 84 et 85; Dur., nos 612 et 616; Vazeille, nos 567 à 574; Dal., vo Sép. de corps, p. 907, no 9; Bellot des Minières, Contrat de mariage, t. 2, p. 180; — Bruxelles, 31 août 1808, Dev. Pal.

(2) Bruxelles, 28 mars 1810; Caen, 4 août 1810; Cass., 28 juin 1815; Limoges, 27 août 1821; Paris, 11 décembre 1821; Cass., 24 mai 1821; Grenoble, 21 décembre 1820, Dev. Pal.; Cass., 23 juin 1841, Pal., 1841, 2, 223.

(3) Bruxelles, 7 août 1829, Pal. Dev.

(4) Massol, p. 154, nos 2 et suiv.; Demolombe, no 455; Bordeaux, 9 juin 1832, Dev., 1832, 2, 446; Paris, 20 novembre 1832, Dev., 1832, 2, 654, Pal.

(5) Ce n'était point au président, mais au tribunal entier que l'article 268 C. civ. conférait le pouvoir dont il s'agit.

(6) Dur., nos 595 à 597; — Aix, 29 frimaire an XIII; Amiens, 4 prairial an XII, 5 pluviôse an XIII; Angers, 18 juillet 1808; Cass., 26 mars 1828; Poitiers, 14 juin 1827, Dev. Pal.

se retirer doit être rapprochée du domicile conjugal, afin que le mari puisse exercer plus efficacement sa surveillance : certes, cela paraît convenable ; la présence de la femme pourra même faciliter et hâter l'instruction : mais, en cette matière, on ne saurait admettre de règle absolue ; le texte, par son silence, laisse au président du tribunal une appréciation souveraine (1).

« La femme sera tenue de justifier de sa résidence dans la maison in-
» diquée, toutes les fois qu'elle en sera requise ; à défaut de cette justifi-
» cation, le mari pourra refuser la provision alimentaire, et si la
» femme est demanderesse, la faire déclarer *non recevable à continuer*
» *les poursuites.* » (269 C. civ.) — Cet article est le complément de l'article 878 Pr.; il faut l'étendre nécessairement à la séparation de corps (2).

Mais remarquons ces derniers mots : *non recevable à continuer les poursuites :* est-ce à dire que le législateur ait voulu créer, en faveur du mari, une exception péremptoire *de fond ?* Quand il s'agissait du divorce, on considérait cette disposition comme une simple règle de procédure, comme une exception de forme ; car aucun texte ne prononce la déchéance du droit : en matière de séparation de corps, le doute sur ce point n'est pas même possible (*voyez* les art. 307 C. civ. et 878 Pr. combinés) (3).

La femme demanderesse ou défenderesse n'est pas tenue de quitter le domicile conjugal ; la loi ne prétend lui conférer qu'une simple faculté ; libre à elle de ne pas en user (4). Il faut seulement excepter le cas où sa présence pourrait compromettre la sûreté du mari, ou autres circonstances majeures que le tribunal doit apprécier (5).

Les demandes en provision, porte l'article 878 Pr., *in fine*, sont portées à l'audience : l'expression *provision* comprend les secours alimentaires et les avances *ad lites*. — Il est bien entendu que le tribunal ne doit en accorder qu'autant que la femme n'a pas de biens personnels suffisants.

Quoique les articles 268 C. civ. et 878 Pr. ne s'expliquent formellement sur ce point qu'à l'égard de la femme, il faut étendre la règle au cas où c'est le mari qui se trouve dans le besoin (argument de l'art. 212). — Ainsi, le mari, défendeur à une demande en séparation de corps, peut obtenir de la femme une provision alimentaire et une provision *ad lites* (6).

(1) Demolombe, n° 456; Massol, p. 156, n° 9.

(2) Amiens, 5 pluviôse an XIII, Dev. Pal.

(3) Bordeaux, 21 floréal an XIII : Aix, 29 frimaire an XIII ; Turin, 12 février 1811; Bruxelles 26 décembre 1811; Cass., 14 mars 1816, 27 janvier 1819, Dev. Pal.; Bordeaux, 6 janvier 1835 Poitiers, 15 mars 1836, Pal.

(4) Toullier, n°s 761 et 762; Demolombe, n° 455; Del., t. 185, n° 11; Vazeille, n° 569; Zach., t. 5, p. 569; Valette sur Proudhon; Massol, p. 156.

(5) Dur., n° 597, note 1; Vazeille, t. 2, n° 570; Demolombe, n° 467; — Caen, 25 août 1840, Dev., 1841, 2, 569.

(6) Massol, p. 160; — Dijon, 10 mars 1841; Orléans, 15 mars 1845, Pal., 1845, 1, 481.

Observons :

1° Que c'est le tribunal entier et non le président qui prononce sur les demandes en provision (1);

2° Que la femme ne peut prétendre à une provision alimentaire qu'autant qu'elle a quitté la maison commune (2);

3° Que, si elle est restée dans la maison commune, elle ne peut réclamer qu'une provision pour subvenir aux frais de son action en séparation (*ad lites*) (3).

Les demandes alimentaires ou en provision peuvent être formées pour la première fois en appel : il est possible, en effet, que l'époux ait eu des ressources suffisantes pendant que le tribunal se trouvait saisi ; que le besoin ne se soit manifesté que depuis le jugement de première instance. — A raison de leur caractère provisoire et de l'urgence, ces sortes de demandes sont affranchies des deux degrés de juridiction (4).

Nous déciderons, par le même motif, que de nouvelles provisions peuvent être obtenues en appel comme en 1re instance, si la première est devenue insuffisante (5).

Il est même admis que l'avoué de la femme (demanderesse ou défenderesse) peut, indépendamment de toute décision préalable sur la provision, répéter les frais qui lui sont dus contre le mari, que la séparation ait été ou non prononcée (6).

Mesures provisoires relatives aux biens. — Le mari demeure, pendant l'instance en séparation, chef de la communauté (1421) et administrateur des biens personnels de la femme (1428) (7). Néanmoins, comme il était à craindre qu'excité par le ressentiment, il n'abusât de ses pouvoirs, la femme est autorisée à prendre certaines mesures conservatoires. Tous les auteurs tombent d'accord, et la jurisprudence, du reste, corrobore cette doctrine, que les articles 270 et 271 C. civ. s'appliquent à la séparation de corps (8). Ces textes sont ainsi conçus :

Art. 270. « La femme commune en biens, demanderesse ou défen-
» deresse en divorce, pourra, en tout état de cause, à partir de la date
» de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, requérir,
» pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les

(1) Zach., p. 569; Massol, p. 156, n° 9.

(2) Angers, 18 juillet 1808; Aix, 29 frimaire an XIII, Dev. Pal.

(3) Dur., n° 595; — Amiens, 4 prairial an XII; Bruxelles, 12 floréal an XII, Dev. Pal.

(4) Merlin, Rep., v° Appel, sect. 1re, § 9, n° 7; Question, v° Appel, § 14, art. 1er, n° 18; Massol, p. 159, n° 11; Demolombe, nos 459 et 468; — Bordeaux, 5 janvier 1826, S., 1826, 2, 202, Dev. Pal.; Dijon, 10 mars 1841, Dev., 1841, 2, 356; D., 1841, 2, 216; Cass., 14 juillet 1806, Dev. Pal. — *Voy.* cep. Rennes, 2 mai 1812, Dev. Pal.

(5) Paris, 17 février 1845, Pal., 1845, 1, 390; Douai, 11 juin 1847, Pal., 1847, 2, 440.

(6) Chauveau, Tarif, t. 2, p. 365; — Cass., 11 juillet 1837; Nîmes, 5 avril 1838.

(7) Rolland, v° Sépar. de corps, n° 6; — Angers, 27 août 1817; Paris, 13 juillet 1825, Dev. Pal.

(8) Dur., n° 615; Zach., t. 5, p. 370; Carré, p. 246, n° 2976; Demolombe, nos 461, 462 et 464; Massol, p. 160, n° 13; Proudhon, t. 1er, p. 537; — Bruxelles, 8 mai 1807, 11 août 1808, S., 1809, 2, 47; 13 août 1812; — D., Sép. de corps, ch. 1er, sect. 2; — Amiens, 4 prairial an XII; Liège, 13 janvier 1806; Cass., 30 juin 1807; Paris, 4 mai 1825, Dev. Pal.; Rennes, 3 juillet 1841, Dev., 1841, 2, 548.

» effets mobiliers de la communauté. Les scellés ne seront levés qu'en » faisant inventaire avec prisée, et à la charge par le mari de repré- » senter les choses inventoriées ou de répondre de leur valeur comme » *gardien judiciaire* » (ce qui le rend contraignable par corps).

Art. 271. « Toute obligation contractée par le mari à la charge de » la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en » dépendent, postérieure à la date de l'ordonnance dont il est fait men- » tion en l'article 238, sera déclarée nulle, s'il est prouvé, d'ailleurs, » qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme. »

Après l'apposition des scellés, le mari n'a donc plus le droit de vendre, de céder ou de donner en payement le mobilier de la communauté, sans le consentement de la femme ou sans autorisation de justice (1). — Non-seulement la vente qu'il ferait serait nulle, mais encore elle pourrait, suivant les circonstances, donner lieu à des dommages-intérêts contre l'acheteur, s'il n'était pas de bonne foi (2).

Comment concilier le pouvoir d'administrer, et par conséquent d'aliéner indirectement les biens de la communauté, réservé au mari, avec la faculté accordée à la femme, par l'article 271, de faire apposer les scellés et de faire inventaire? Il suffit de considérer la position respective des parties :

1° La femme peut discuter le mérite de l'obligation contractée par le mari administrateur, afin de s'en affranchir pour sa part, si elle n'a pas eu un but utile: en disposant du mobilier, le mari priverait la communauté, sans retour, d'une partie de son actif;

2° Les mesures conservatoires dont il s'agit sont facultatives pour la femme; si elle n'en a pas usé, le mari conserve le droit de disposer librement des biens communs;

3° Enfin, il faut observer que cette entrave aux pouvoirs du mari administrateur ne porte que sur le mobilier; qu'aucune mesure conservatoire n'est autorisée en ce qui touche les immeubles : à quoi cela eût-il servi en effet? D'une part, l'aliénation des immeubles à titre gratuit ne peut avoir lieu que pour l'établissement des enfants communs, et par conséquent pour l'accomplissement d'un devoir imposé aussi bien à la femme qu'au mari (1422); d'autre part, si l'aliénation a eu lieu à titre onéreux, il est facile de reconnaître la fraude; car on ne peut faire disparaître des immeubles comme des objets mobiliers.

Par une juste réciprocité, et même par un argument *à fortiori* de l'article 270, on décide que le mari a le droit de faire mettre sous les scellés et inventorier les effets mobiliers dont la femme se trouve en possession dans un appartement séparé (3).

La femme ou le mari doivent-ils obtenir l'autorisation de justice pour

(1) Bruxelles, 11 août 1808; Rennes, 24 décembre 1819, Dev. Pal.

(2) Rennes, *ibid.*

(3) Vazeille, t. 2, n° 573; Demolombe, n° 469; Massol, p. 170, n° 19; — Angers, 16 décembre 1817, Dev. Pal.—*Voy.* cep. Paris, 9 janvier 1823; D., Sép. de corps, p. 908 et 909.

faire apposer les scellés? La loi ne l'exige pas : le mot *requérir*, qui se trouve dans l'article 270 C. civ., exclut même cette pensée; d'ailleurs, l'urgence d'une semblable mesure n'admet aucun retard (1).

— Les art. 259 et 260, qui accordaient au tribunal la faculté de surseoir, pendant un certain temps, à la prononciation du jugement définitif sur le divorce, lorsque la demande était formée pour excès, sévices ou injures graves, sont-ils applicables à la séparation de corps? ✓✓ Le divorce et la séparation de corps étant deux institutions parallèles, il semblerait rationnel d'autoriser les tribunaux à prononcer une sorte de trêve pendant laquelle les passions pourraient se calmer (2). ✓✓ Mais les textes s'opposent à une semblable assimilation; l'article 307 veut que la demande en séparation de corps soit « intentée, instruite et *jugée* de la même » manière que toute autre action civile. » Or, en principe, les tribunaux ne peuvent suspendre la prononciation de leurs jugements; les articles 259 et 260 C. civ. constituaient des exceptions au droit commun; on ne saurait donc les étendre d'un cas à un autre (3).

Ce fut, pendant longtemps, une question débattue, que celle de savoir si l'article 22 du décret du 30 mars 1808, d'après lequel les questions d'état portées en cour d'appel devaient être jugées en audience solennelle, s'appliquait aux instances en séparation de corps. Sur ce point, la jurisprudence a varié : pendant longtemps elle s'est prononcée pour la négative, par ce motif que la séparation de corps ne brise pas le lien du mariage, qu'on doit considérer cette institution comme une mesure d'*ordre public* (4).

La cour de cassation a considéré ensuite que si la dissolution du mariage n'a pas lieu, les liens conjugaux se trouvent néanmoins relâchés, les rapports entre les époux modifiés, l'autorité maritale, et quelquefois l'autorité paternelle, altérées; que ces sortes d'affaires rentrent par conséquent dans le domaine des questions d'état, et tombent dès lors sous l'application du décret de 1808 (5).

Mais elle a reconnu, enfin, que les audiences solennelles avaient l'inconvénient de ralentir l'administration de la justice; et sur le vu d'une ordonnance royale du 16 mai 1835 (S. 1835, 2, 275), modificative du décret du 30 mars 1808, elle est revenue à sa première interprétation. — Ainsi, les affaires de séparation de corps sont jugées en audience ordinaire. — L'ordonnance de 1835 a été attaquée plusieurs fois sans succès comme illégale; elle est encore observée aujourd'hui (6).

L'époux défendeur acquiesce tacitement au jugement de séparation de corps, quand il laisse expirer les délais d'opposition ou d'appel; mais l'acquiescement pourrait-il être exprès? ✓✓ On a jugé que toutes les règles de procédure, sans excepter l'acquiescement, devaient s'appliquer à la séparation de corps, par ce

(1) Delv., t. 1, p. 85, n° 4, Demolombe, n° 470; Vazeille, t. 2, n° 575; Massol, p. 165, n° 14; — Angers, 16 décembre 1817, précité. — *V.* cep. Toullier, t. 15, n° 61.

(2) Carré, Pr., t. 3, n° 2985; Favard, Rép., v° Sépar. entre époux, t. 5, p. 115; Massol, p. 132, n° 27.

(3) Demolombe, n° 486; Zach., t. 3, p. 367; Chauveau, Quest., n° 2985; Dur., n° 610; Merlin, Rép., v° Sép. de corps, § 5, n°s 11 et 12; — Montpellier, 1er prairial an XIII, S., 1815, 2, 300; Rennes, 21 février 1826, S., 1828, 2, 167, Dev. Pal. — *Voy.* cep. Massol, p. 132, n° 27.

(4) Angers, 9 décembre 1808, Dev. Pal.; Cass., 26 mars 1828, S., 1828, 1, 359; 28 mai 1828, S., 1828, 1, 234; Rouen, 9 mars 1808; S., 1815, 2, 201; Bordeaux, 9 mai, 1834.

(5) Angers, 9 mai 1808; Orléans, 11 avril 1832; Cass., 27 décembre 1831, Dev. Pal.; 15 janvier 1834, 4 mars, 18 mars, 3 juin, 14 juillet, 23 août, 15 décembre 1835; Pal. Dev., 1835, 1, 166.

(6) Cass., 11 janvier 1837, Dev., 1837, 1, 640; Pal., 1840, 1, 225; 26 mars 1838, Dev., 1838, 1, 545; Pal., 1838, 2, 153; — Chauveau, Quest., n° 2979; Zach., t. 3, p. 367.

motif que l'article 307 déclare que la demande sera jugée suivant les formes ordinaires (1). ✓✓ Mais n'oublions pas qu'il s'agit ici d'une mesure d'ordre public; que cette mesure ne peut être, par conséquent, l'objet d'un traité volontaire ou d'une adhésion spontanée : le défendeur ne peut dès lors renoncer ni au droit de contester la décision qui prononce contre lui la séparation de corps, ni au délai qui lui est accordé pour remettre en question la chose jugée en première instance. — Autre chose est de laisser expirer les délais d'opposition ou d'appel, autre chose est d'acquiescer (2).

Nous supposons l'acquiescement du défendeur; il n'est pas douteux que le désistement du demandeur qui aurait succombé en première instance serait au contraire valable. (Paris, 22 juillet 1813; Dur., t. 5, p. 160.)

Le défendeur peut-il du moins acquiescer au jugement interlocutoire qui a ordonné l'enquête? ✓✓ L'enquête n'est qu'une mesure d'instruction; la défense reste libre sur le fond; pourquoi donc lui refuserait-on la faculté d'acquiescer au jugement qui ordonne cette mesure? (Demolombe, n° 490; Massol, p. 125, n° 28.)

EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS.

Les effets de la séparation de corps doivent être considérés sous trois points de vue :

1° En ce qui concerne les enfants;

2° En ce qui concerne les rapports personnels des époux entre eux;

3° En ce qui concerne leurs intérêts pécuniaires.

Effets de la séparation de corps par rapport aux enfants.

Nonobstant la séparation de corps, l'autorité paternelle continue d'appartenir au père, lors même que le jugement a été prononcé contre lui; mais, dans la position où se trouvent les époux, des mesures doivent être prises relativement à la personne des enfants et à l'administration de leurs biens.

Le législateur avait réglé l'un et l'autre points en matière de divorce; voici les textes :

Art. 302. « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le » divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du » ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des » enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux » soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. »

Art. 303. « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront » confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de » surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus » d'y contribuer à proportion de leurs facultés. »

Art. 386. « Cette jouissance (l'usufruit légal du père ou de la mère

(1) Cass., 21 août 1838, Dev., 1838, 1, 688; Paris, 19 janvier 1843, Pal., 1843, p. 345; Aix, 14 décembre 1837, Dev., 1838, 2, 290.

(2) Dur., n° 608, t. 2; Toullier, n° 760, t. 2; Merlin, Rép., v° Appel, sect. 1re, § 1er, n° 11; Demolombe, n° 488;—Cass., 17 août 1807, S., 1807, 1, 515; 2 janvier 1825, S., 1825, 1, 88; Caen, 15 décembre 1826, D., 1827, 2, 95; Bordeaux, 3 juillet 1829, S., 1829, 2, 298; Poitiers, 5 août 1832, Dev., 1832, 2, 205; Paris, 10 février 1836, Dev., 1836, 2, 365; Paris, 29 mai 1840.

» sur les biens de leurs enfants) n'aura pas lieu au profit de celui des » père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé. »

Ces articles sont-ils applicables au cas de séparation de corps? — « Les art. 373 et 384, peut-on dire, confèrent au père seul, pendant le mariage, l'autorité sur la personne des enfants et la jouissance de leurs biens : or, d'une part, la séparation de corps ne dissout pas le mariage; d'autre part, aucun texte n'a modifié les articles 373 et 384, et n'a étendu à la séparation de corps les dispositions du divorce sur ce point; donc le père conserve, dans tous les cas, ses droits sur la personne et sur les biens de ses enfants (1). » — Mais il est généralement admis en jurisprudence que les articles 302 et 303 sont applicables à la séparation de corps; qu'il appartient en conséquence aux tribunaux de prescrire, dans l'intérêt des enfants, telles mesures qu'ils jugent convenables (2). — Ils peuvent décider, par exemple, que l'entretien et l'éducation des enfants seront confiés à la mère, qu'elle ait été demanderesse ou défenderesse, soit jusqu'à ce qu'ils aient atteint un certain âge, soit même jusqu'à leur majorité (3), en réservant au père le droit de surveillance; qu'ils seront placés dans une maison d'éducation ou chez une tierce personne (4), sauf ensuite à faire un nouveau choix si les circonstances l'exigent : les juges ne sont jamais liés à cet égard par une première décision (5).

Du reste, le père conserve l'autorité paternelle, bien qu'il ait perdu l'administration de la personne de ses enfants, et qu'il ne puisse plus, dès lors, exercer cette puissance dans toute son étendue : une décision judiciaire peut modifier ses effets légaux, mais non la détruire complétement (371, 373), car elle est inhérente à la qualité de père (6).

Appliquerons-nous au père, en cas de séparation de corps, l'art. 386 C. civ. relatif au divorce? Les convenances et la moralité ont pu faire admettre, dans l'intérêt des enfants, une dérogation au droit commun, quand il s'agit de l'administration de leurs personnes; mais la morale

(1) Demolombe, n° 509; Zach., t. 3, p. 572, n° 5, et Demante, Progr., pensent néanmoins que les tribunaux, dans le cas où la séparation de corps a été prononcée contre l'époux, ont le droit de confier la garde des enfants soit à la mère, soit à une tierce personne.— *Voy.* dans ce dernier sens : Liège, 25 août 1809; Paris, 12 juillet 1808 et 16 février 1829, Dev. Pal.

(2) Dur., n° 456; Toullier, n° 777; Demolombe, n° 511; Merlin, v° Éducation, § 1er, n° 3; Vazeille, n° 591; Massol, p. 321; — Cass., 28 juin 1815, S., 1815, 1, 380; D., Sép. de corps; Paris, 11 décembre 1821; Cass., 24 mai 1821, S., 1821, 1, 355; Grenoble, 21 décembre 1820; Caen, 4 août 1810; Lyon, 16 mars 1825; Paris, 12 juillet 1808, S., 1810, 2, 462, 485, 488; 11 décembre 1821, S., 1822, 2, 161; Grenoble, 21 décembre 1820; Rennes, 21 février 1826, S., 1828, 2, 167, Dev. Pal.; Bordeaux, 9 juin 1832, Dev., 1833, 2, 446; Montpellier, 4 février 1835, Dev., 1835, 2, 288; 23 juin 1841, D,, 1841, 1, 289; 17 juin 1845, Dev., 1846, 1, 52.

(3) Zach., t. 3, p. 572; Bruxelles, 28 mars 1810; Caen, 4 août 1810; Metz, 18 juillet 1811; Cass., 28 juin 1815, 24 mai 1821; Paris, 11 juillet 1821; Lyon, 16 mars 1825; Paris, 16 février 1829, Dev. Pal.; Rennes, 21 février 1826; Bruxelles, 16 mai 1831; Montpellier, 4 février 1835; Cass., 23 juin 1841, Pal., 1841, 2, 225.

(4) Zach., *ibid.*; — Cass., 24 avril 1821; Lyon, 16 mars 1825; Bordeaux, 2 avril 1830; Rennes 21 février 1826, Dev. Pal.; Bruxelles, 16 mai 1831.

(5) Bordeaux, 9 juin 1832, Dev. Pal.

(6) Cass., 17 juin 1845, Pal., 1845, 2, 140.

publique n'est pas intéressée à ce que le père soit privé de la jouissance de leurs biens, quoiqu'il ait pu, par ses désordres, donner lieu à la séparation de corps; d'ailleurs les textes s'y refusent : en effet, d'une part, l'article 384 déclare, en termes généraux, que cette jouissance appartient au père *durant le mariage;* or, la séparation de corps ne dissout pas le mariage; — d'autre part, l'article 386, disposition exorbitante, ne prononce de déchéance que pour le cas de divorce; or, il est de principe que les peines (et il faut considérer comme telle la privation du droit d'usufruit), doivent se restreindre au cas prévu (1). Remarquons, d'ailleurs, que la séparation de corps, extrémité regrettable assurément sous tous les rapports, est loin de causer aux enfants le même préjudice que le divorce; car ils n'ont point à craindre que le père se remarie, et fasse profiter une nouvelle famille de leur fortune (297, 298 C. civ.)

Puisque le père conserve la jouissance des biens de ses enfants, il doit continuer de les administrer, à moins que le tribunal n'ait cru devoir prendre d'autres mesures; par exemple, si des abus lui ont été signalés, ou s'il importe de les prévenir (2). (Arg. de l'art. 302.)

Effets de la séparation de corps en ce qui concerne les rapports des époux entre eux.

La séparation de corps affranchit les époux de l'obligation de vivre ensemble; la femme peut avoir un domicile distinct de celui de son mari; le mari cesse d'être tenu de la recevoir.—Toutefois, si la surveillance des enfants lui a été confiée, elle ne peut s'éloigner de manière à rendre impossible, ou même à gêner le père dans l'exercice de son droit de surveillance : c'est là une appréciation de fait (3).

La séparation de corps laisse subsister entre les époux les droits et les devoirs qui résultent du mariage.

Ainsi, l'époux qui se trouve dans le besoin peut prétendre à des secours, quand même la séparation aurait été prononcée contre lui (4).

Le devoir d'assistance personnelle n'est pas même détruit, bien qu'il ne subsiste plus au même degré (5).

(1) Proudhon, Usuf., t. 1er, n° 142; Dur., n° 634, t. 2; Toullier-Duvergier, t. 1er, n° 1064, note 2; Zach., t. 3, p. 372; Massol, p. 334, n° 7; Demolombe, n° 510.

(2) Demolombe, n° 512; Massol, p. 327, n° 4.

(3) Angers, 6 mai 1841, Dev., 1841, 2, 218; Pal. 1841, 2, 60; Cass., 28 février 1842, Dev., 1842, 1, 210.

(4) Toullier, n° 780, t. 2; Demolombe, n° 501; Dur., t. 2, n° 633; Vazeille, t. 2, n° 588; — Cass, 8 mai 1810, 28 juin 1815, Pal. Dev.; 30 janvier 1838; Lyon, 16 mars et 16 juillet 1835, S., 1836, 2, 239; Colmar, 9 janvier 1834; Bordeaux, 8 janvier 1838, Pal., 1840, 2, 535; Aix, 18 janvier 1841, Pal., 1842, 1, 705.

(5) Toullier, n° 780; Demolombe, n° 502; Massol, n° 6, p. 194; — Cass., 8 mai 1810, Dev. Pal.; 28 juin 1815 — Tous les auteurs ne partagent point cette opinion. Les époux séparés de corps ne se doivent plus, suivant Zachariæ, t. 3, p. 371, aucune assistance personnelle. Au contraire, suivant Demante, Progr., t. 1er, n° 282, ce devoir subsiste dans toute sa force.

Le mari n'est pas affranchi de la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* (art. 312. *Voyez* toutefois article 313).

L'adultère de la femme est toujours punissable (336 Code pénal).—Quant au mari qui se serait rendu coupable du même fait, il ne pourrait évidemment encourir aucune peine, puisqu'il n'y a plus de maison conjugale (339 Code pénal) (1).

La femme reste soumise à la nécessité d'obtenir l'autorisation de son mari ou de justice pour tous les actes de la vie civile qui ne sont point une conséquence du droit d'administrer, droit qu'elle acquiert par la séparation de corps (1449, 311 Cod. civil) (2).

Il est admis que la prescription ne court point entre époux, lors même qu'ils sont séparés; car l'article 2253 est conçu en termes généraux et absolus:—on doit craindre en effet que les actes interruptifs de la prescription ne deviennent l'occasion de démonstrations hostiles auxquelles les conjoints séparés sont déjà trop enclins (3), et ne mettent de nouveaux obstacles à un rapprochement qui est toujours dans le vœu de la loi.

Enfin, les époux conservent respectivement les droits que l'article 767 établit au profit du survivant (723) (4), encore qu'ils ne se soient pas réunis; deux raisons le veulent ainsi: 1° l'article 767 ne fait exception que pour le cas de divorce; il ne parle pas de la séparation de corps;—2° en principe, le droit de succéder est réciproque, à moins que la loi n'en ait décidé autrement; or, il n'est pas douteux que l'époux qui a été demandeur en séparation conserve le droit de succéder à son conjoint.

Effets de la séparation de corps en ce qui concerne les intérêts pécuniaires des époux.

311 — La séparation de corps emportera toujours séparation de biens.

= La séparation de corps place les époux, quant à leurs biens, dans l'état où ils seraient s'ils avaient adopté, par leur contrat de mariage, le régime de séparation de biens (1536-1539), ou si la femme avait obtenu cette séparation par action principale (1443 et suiv.).

La séparation de biens entraîne la liquidation de la communauté, et oblige le mari à restituer à la femme ses apports, si elle est mariée sous le régime dotal (1540 et suiv.), ou sous le régime exclusif de communauté (1530 et suiv.).

(1) Massol, p 102, n° 4.

(2) Dur., n°s 623 et 624; Vazeille, t. 2, n° 587; — Cass., 6 mars 1827, S., 1827, 1, 334; Dev. Pal.

(3) Demolombe, n° 507; Troplong, Prescrip., t. 2, n° 742; Massol, p. 277, n° 40.—*Voy.* cep. Bruxelles, 13 octobre 1822; D., v° Sép. de corps, p. 910.

(4) Locré, p. 99, art. 54, n° 2; p. 148 et 149, art. 50; Zach., p. 374 et 375; Chabot sur l'article 767; Dur., n° 635, t. 2; Vazeille, t. 2, n° 589; Demolombe, n° 519; Massol, p. 313, n° 54.

Mais les immeubles stipulés dotaux continuent d'être inaliénables (1554), bien que, par une étrange bizarrerie, ils deviennent prescriptibles (1561).

Quant aux droits de survie, ils ne s'exercent qu'après la dissolution du mariage (1452) arrivée soit par la mort naturelle, soit par la mort civile de l'un des conjoints (1517, 1518).

Les effets de la séparation de biens, suite de la séparation de corps, sont-ils exactement semblables à ceux que produit cette séparation lorsqu'elle est demandée principalement (1443), notamment en ce qui touche la rétroactivité au jour de la demande? Oui, disent quelques auteurs, les mêmes raisons se présentent; dans les deux cas, il importe de mettre l'époux demandeur à l'abri de la résistance injuste de son agresseur; d'ailleurs, l'article 1445 ne distingue pas (1).

Suivant des autorités non moins puissantes, les effets de la séparation de biens, conséquence de la séparation de corps, remontent au jour de la demande à l'égard des époux; mais par rapport aux tiers, ils ne datent que du jour du jugement : en effet, l'article 880 Pr. prescrit seulement la publicité du jugement, et garde le silence sur la publicité de la demande; ce qui démontre qu'il n'est pas entré dans la pensée du législateur d'appliquer à la séparation de corps le principe de rétroactivité, principe formellement proclamé pour la séparation de biens (1445 C. civ., 866 Pr.) (2). — D'ailleurs comment, sans blesser l'équité, soumettre aux conséquences de cette demande les tiers qui n'étaient point légalement prévenus à l'époque où ils ont traité avec le mari (3)?

Nous irons plus loin : la séparation de biens, conséquence de la séparation de corps, n'a pas même d'effet rétroactif vis-à-vis *des époux*. L'article 1445, dont on argumente, est uniquement relatif à la séparation de biens demandée principalement; or, les auteurs du Code n'ont point envisagé les deux situations de la même manière : la séparation de biens a pour cause le péril de la dot; on a dû craindre que le mari n'abusât, pendant l'instance, du reste d'autorité qu'il conserve; les intérêts pécuniaires ont été l'objet direct et principal de la préoccupation du législateur : tandis que la séparation de corps a une cause toute morale; la femme, si c'est elle qui poursuit, ne se plaint pas du désordre des affaires du mari, mais de mauvais traitements, d'injures qui rendent la vie commune insupportable : on peut être fort mauvais mari et très-bon administrateur.

La séparation de biens, nous le répétons, n'est qu'un accessoire

(1) Merlin, Rép., v° Sép. de corps, § 4, n° 4; Toullier-Duvergier, t. 1er, n° 776; Bellot des Minières, t. 2, p. 192; Zach., t. 3, p. 469; Massol, p. 203, n° 13; — Aix, 7 janvier 1812; Limoges, 17 juin 1835, Dev., 1836, 2, 61.

(2) Toullier, t. 13, n° 108; Dur., n° 414, t. 14; Zach., t. 3, p. 469 et 478 comb.; Pigeau, t. 2, p. 541; — Bordeaux, 11 mai 1843, Dev., 1843, 2, 541; Riom, 31 janvier 1826, Dev. Pal.; Rouen, 9 août 1839, Dev., 1840, 2, 153.

(3) Cass., 14 mars 1837, Dev., 1837, 1, 318

attaché par la loi au jugement de séparation de corps; l'effet ne peut donc remonter au delà de sa cause. — Pourquoi les jugements intervenus ont-ils en général un effet rétroactif au jour de la demande? parce que le jugement est une sorte d'acquiescement forcé; parce qu'il est équitable que le demandeur qui gagne son procès soit mis dans la position où il se trouverait si l'affaire eût été jugée immédiatement : cette règle suppose dès lors que le défendeur aurait pu accéder à la demande; or, la séparation de corps ne peut avoir lieu par consentement mutuel. — D'ailleurs, nul n'a osé soutenir, en présence de l'article 271, que le divorce remontait, quant à ses effets, au jour de la demande; pourquoi se montrerait-on plus bienveillant pour la femme, en cas de séparation de corps ?

Repoussons donc la distinction que l'on voudrait établir entre les tiers et les époux, relativement aux effets du jugement intervenu ; elle est arbitraire ; les termes de la loi sont généraux et absolus. — Au surplus, cette décision ne présente aucun danger; car, si la dot est en péril, la femme peut demander cumulativement la séparation de corps et la séparation de biens (1).

Puisque le jugement de séparation de corps touche aux intérêts pécuniaires des époux, il est clair que les créanciers peuvent, d'après l'article 1447, attaquer sous ce rapport celui qui a été obtenu en fraude de leurs droits, ou s'opposer à l'exécution du jugement non publié, s'ils se trouvent lésés par le défaut de publication (art. 880 Proc.).—L'article 66 du Code de commerce applique ce principe au cas où l'un des époux serait commerçant.

Mais les créanciers, nous le répétons, ne peuvent, comme en matière de séparation de biens, intervenir dans l'instance (art. 1447, 2e partie). — Il en serait autrement, si l'époux, leur débiteur, avait introduit à la fois une demande en séparation de corps et une demande principale en séparation de biens.

L'époux qui a obtenu la séparation de corps « conserve les avantages » à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques, et que la réciprocité n'ait pas lieu. » (Art. 300.) — Ces avantages subsistent tels qu'ils étaient : irrévocables, s'ils résultent du contrat de mariage (1395); révocables, s'ils ont eu lieu pendant le mariage (1096 (2).

Aucun texte n'interdit à l'époux donateur, contre lequel la séparation a été obtenue, le droit de révoquer les donations qu'il a faites à son conjoint pendant le mariage; car la séparation de corps ne change pas le caractère de la libéralité.

— Les déchéances que le divorce entraînait doivent-elles être étendues à la séparation de corps ? Voyons les textes :

(1) Delv., p. 85, n° 3; Valette sur Proudhon, t. 1er, p. 541; Dur., n° 622, t. 2; Demolombe, nos 514 et suiv.; Zach., t. 3, p. 566; Massol, p. 146, n° 35;— Bordeaux, 4 février 1811, S., 1811, 2, 165, Dev. Pal.

(2) Toullier, n° 745; Proudhon, t. 1er, p. 319 et suiv.; Dur., n° 651; Delv., p. 86, n° 3.

Art. 299. « Pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas du consen-
» tement mutuel, l'époux contre lequel le divorce aura été admis perdra tous les
» avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage,
» soit depuis le mariage contracté. »

Art. 300. « L'époux qui aura obtenu le divorce conservera les avantages à lui
» faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques, et que la
» réciprocité n'ait pas lieu. »

Art. 386. « La jouissance légale des biens des enfants n'aura pas lieu au pro-
» fit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé. »

Art. 767. « Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni
» enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint non
» divorcé qui lui survit. »

Art. 1518. « Lorsque la dissolution de la communauté s'opère par le divorce
» ou par la séparation de corps, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du pré-
» ciput; mais l'époux qui a obtenu soit le divorce, soit la séparation de corps,
» conserve ses droits au préciput en cas de survie. »

Déjà nous avons établi que l'article 386 est inapplicable à la séparation de corps. — Nous en dirons autant de l'article 767; car ce texte ne prive du droit de succéder que le *conjoint divorcé*. — Quant à l'article 1518, aucun doute ne peut s'élever; il est applicable; le texte est formel (1). — Mais de graves difficultés s'élèvent sur l'application des articles 299 et 300 Code civil :

Première opinion. — Les donations entre époux ne sont pas révoquées de plein droit en vertu de l'article 299 : cette disposition est pénale; elle ne peut recevoir d'extension : *Pœnalia non sunt extendenda.* — On applique, il est vrai, quelques articles du divorce à la séparation de corps; mais il faut observer que ces articles sont purement réglementaires; cela est tellement vrai, que le législateur a jugé nécessaire de reproduire, pour la femme séparée, la faculté d'avoir un domicile distinct de celui du mari, et qu'il n'enlève qu'à l'époux contre lequel le divorce a été obtenu, la jouissance légale des biens des enfants et le droit de succéder à son conjoint. — D'ailleurs, les mêmes raisons n'existent plus : dans le cas de divorce, la révocation (299) était nécessaire, car les conventions matrimoniales se trouvent à jamais dissoutes; mais la dissolution n'est, en réalité, que provisoire dans le cas de séparation de corps; le rapprochement des époux peut avoir lieu; ce rapprochement est désirable; or, il serait à craindre que le désir de conserver les biens qui ont fait l'objet de la donation révoquée n'y mît obstacle (2). — En assimilant, relativement à la déchéance du préciput, l'époux contre lequel a été prononcée la séparation de corps, à celui qui a donné lieu au

(1) Dur., n° 626; Massol, p. 286, n° 47; Zach., t. 3, p. 571; — Rennes, 4 mars 1820, Dev. Pal.

(2) Dur., n° 629, t. 2; n° 572, t. 8; Demante, Progr., t. 1er, n° 285; Toullier, t. 2, n° 781; Grenier, Don., t. 2, p. 592, 404 et 405; Zach., t. 3, p. 575-578; Coin-Delisle sur l'article 959, nos 4 et suiv.; Merlin, Quest., Sép. de corps, § 1er; Rép., Separ. de corps, § 4, n° 5; Favard, Sép. entre époux, sect. 2, § 8, n° 8; — Cass., 17 juin 1822, S., 1822, 1, 359; 13 juillet 1815, S., 1815, 1, 115; 19 août 1825, S., 1824, 1, 30; 30 mars 1824, 13 février 1826, S., 1826, 1, 265; 30 mars 1836, Dev., 1836, 1, 728; 21 décembre 1842, Dev., 1843, 1, 728; Pal., 1843, 1, 640; 21 novembre 1843, Dev., 1844, 1, 45; Pal., 1844, 1, 405; Agen, 28 avril 1824, S., 1824, 2, 356; Paris, 9 mai 1826, 16 février 1829; Douai, 15 janvier 1826, S., 1826, 2, 140; Grenoble, 29 mars 1833; Aix, 25 juillet 1833; Caen, 9 décembre 1836; Rouen, 28 janvier 1837, Dev., 1837, 2, 166; Pal., 1837, 1, 452; Pal., 1837, 1, 435; Riom, 19 août 1839, Dev., 1840, 2, 59; 4 décembre 1843, Dev., 1844, 1, 43; Pal., 1845, 1, 138; Toulouse, 25 janvier 1820; Caen, 9 décembre 1836, Pal., 1837, 1, 452; 7 mars 1840, Pal., 1841, 1, 314; Colmar, 10 juillet 1840, Pal., 1840, 2, 453; Rouen, 26 août et 15 novembre 1842, Pal., 1843, 1, 183; Orléans, 19 novembre 1842, Pal., 1843, 1, 27; Lyon, 21 décembre 1844, Pal., 1845, 1, 418; Caen, 22 août 1845, Pal., 1846, 1, 377; Douai, 10 mars 1847, Pal., 1848, 1, 727; Dal., 2, 95.

divorce, l'art. 1518 repousse, par cela même, toute assimilation en ce qui concerne la perte des avantages matrimoniaux.

Deuxième opinion. — Les donations ne sont pas révoquées de plein droit en vertu de l'article 299 ; car les excès peuvent être de nature à faire prononcer la séparation de corps, sans avoir la gravité nécessaire pour entraîner la révocation des libéralités ; c'est au juge à examiner s'il y a lieu d'appliquer la règle de l'article 955 sur la révocabilité (1).

Troisième opinion. — Les articles 299 et 300 sont applicables à la séparation de corps ; en conséquence, la révocation ne résulte pas seulement des causes d'ingratitude (955), mais encore de tous les griefs qui peuvent motiver la séparation. Ce dernier point doit seul nous occuper pour le moment.—Les auteurs du Code ont puisé dans l'ancien droit le principe de la révocation ; or, notre ancienne jurisprudence n'admettait pas le divorce, et cependant elle privait l'époux contre lequel la séparation avait été prononcée du bienfait des donations qu'il tenait de son conjoint, entre autres de son douaire ; bien plus, la femme perdait sa dot. (Pothier, Contrat de mariage, n° 527.) C'était là une suite, sinon nécessaire, du moins ordinaire de la séparation, quelle que fût sa cause.— Puisque l'on admettait ce principe sous l'empire d'une loi religieuse qui proclamait l'indissolubilité du mariage, comment croire que les auteurs du Code, qui n'étaient pas imbus des mêmes scrupules, aient reculé devant son application.—La loi, dit-on, a restreint cette déchéance au cas de dissolution du mariage ; *erreur* : elle ne résultait pas du divorce par consentement mutuel ; dans le cas de divorce pour cause déterminée, elle n'atteignait que l'époux contre lequel il était admis. — La révocation des libéralités n'est donc pas, comme l'ont prétendu quelques auteurs, un effet de la dissolution du mariage : quelle est donc sa cause? L'*ingratitude* et l'*inexécution des conditions* : le donataire ingrat rompt les liens d'affection qui l'unissaient au donateur ; il méconnait les lois de la reconnaissance et trompe les espérances de son conjoint : telles sont les considérations qui ont dicté les règles des art. 299 et 300. Or, il résulte de la discussion au conseil d'Etat que le législateur a entendu faire marcher la séparation de corps parallèlement avec le divorce, afin de procurer ainsi au catholique qui reculerait devant la dissolution de son mariage, le moyen de mettre fin à la vie commune et de garantir ses intérêts pécuniaires; — en un mot, qu'il a considéré la séparation de corps comme le divorce des catholiques. (*Voyez* Locré, Législ. civ., t. 5, p. 23, 36 et suiv.) Les mêmes causes doivent donc produire les mêmes effets. — Il est à regretter, sans doute, que sa volonté sur ce point n'ait pas été plus clairement exprimée ; mais elle résulte suffisamment du silence qu'il a gardé sur les effets de la séparation ; car, pour compléter cette matière, il faut recourir nécessairement au titre du divorce, le Code ne contenant aucune règle spéciale à la séparation de corps, les articles 308, 310 et 311 exceptés. — Mais jetons les yeux sur l'article 1518 : cet article, soit par sa rédaction, soit par le caractère même de la déchéance qu'il prononce, nous paraît déterminant : *sa rédaction;* elle suppose la révocation prononcée par une disposition antérieure ; or, cette disposition ne peut être que celle de l'article 299 ; — le *caractère de la déchéance;* car si l'époux contre lequel la séparation a été prononcée perd son droit au préciput, qui est une clause de communauté, par conséquent une véritable convention à titre onéreux (1516), doit-il *à fortiori* perdre son droit à une libéralité pure ? — Au surplus, il est un argument de texte qui nous paraît sans réplique : l'article 310 accordait à l'époux défendeur en séparation la faculté de demander le divorce, lorsque

(1) Rouen, 25 février 1828, S., 1828, 2, 141; 5 mars 1834 et 9 décembre 1836, Dev., 1837, 2, 164; 1er avril 1839, Dev., 1839, 2, 372; 18 juillet 1845; Caen, 25 mai 1845.

la séparation avait duré trois ans. Si l'on admettait qu'il n'eût pas été privé, par le jugement de séparation, des avantages qui lui avaient été faits par son conjoint, il s'ensuivrait qu'en obtenant le divorce, c'eût été l'époux innocent qui se serait trouvé frappé; l'article 299, en effet, porte: « pour quelque cause que le » divorce ait lieu, l'époux contre lequel le divorce aura été admis perdra, etc. » — Vainement dit-on que la révocation deviendrait un obstacle à la réunion des époux; le contrat de mariage diffère essentiellement du mariage, considéré comme lien civil : les époux peuvent fort bien faire cesser les effets de la séparation quant au corps, sans rétablir leurs conventions quant aux biens. La réunion des époux ne suffit pas à elle seule pour opérer le rétablissement de leurs conventions matrimoniales. — Il ne faut point s'arrêter à l'argument tiré de ce que les articles 386 et 767 parlent seulement de l'époux divorcé : il s'agit, dans ces articles, des effets de la dissolution du mariage; or, la séparation de corps laisse subsister le mariage. — Ces considérations nous paraissent déterminantes (1).

Ainsi, la séparation de corps entraîne la révocation non-seulement des libéralités faites par contrat de mariage, mais encore de celles qui ont eu lieu pendant le mariage (2); elle révoque même les libéralités testamentaires : la règle est générale et absolue (3).

En cas de séparation de corps, les donations sont-elles révocables pour cause d'ingratitude? — Sur ce point, les opinions sont également divisées: pour la négative, on dit que la révocation prononcée par l'article 299 est une peine; qu'on ne saurait dès lors, sans violer tous les principes, étendre son application d'un cas à un autre.—On argumente du texte de l'article 959, ainsi conçu : « Les » donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingrati- » tude; » disposition qui comprend dans sa généralité les donations faites par des tiers et celles faites entre époux. (Art. 1088, 959 et 960.)—Enfin, on répond à l'argument tiré de l'article 1518, en disant que le préciput n'est pas une donation; qu'il faut renfermer cet article dans sa spécialité; que le législateur devait assimiler la séparation de corps au divorce, en ce qui concerne la perte du préciput, car il était juste d'enlever ce bénéfice à l'époux qui, par sa faute, a occasionné la dissolution anticipée de la communauté; mais que cette déchéance est exceptionnelle; qu'une disposition spéciale a paru nécessaire pour l'établir; enfin que ce luxe de révocation serait sans utilité (1516) (4).

(1) Dalloz, v° Sépar. de corps. chap. 1er, sect. 4; Demolombe, n° 527; Delv., p. 83, n° 6, et p. 86, nos 1 et 2; Vazeille, t. 2, n° 589; Pigeau, t. 2, p 571; Valette sur Proudhon, t. 1er, p. 545 et suiv.; Vazeille, n° 589; Massol, p. 297, n° 52;—Angers, 22 mars 1820; Caen, 13 juin 1821; Aix, 28 juillet 1821, 21 janvier 1825; Paris, 8 mars 1825 et 28 août 1829; Metz, 25 mars 1825; Cass., 17 juin 1822 et 13 février 1826; Amiens, 15 février 1827; Rouen, 25 juillet 1829, Dev. Pal.; 2 juillet 1840, Pal., 1840, 2, 712; Bordeaux, 31 mai 1858, Dev. 1859, 2, 14; Pal., 1840, 1, 590; Rouen, 25 juillet 1829, Dev. Pal.; 15 novembre 1858, Pal., 1858, 2, 427; Dev., 1859; Rennes, 21 mars et 5 mai 1808, Dev. Pal.; 21 juillet 1843, Dev., 1845, 1, 729; Caen, 22 avril 1812; Colmar, 26 juin 1817; Rennes, 5 juin 1818, 4 mars 1820; Agen, 1er mai 1821 : Toulouse, 22 novembre 1819, 20 février 1852; Caen, 1er juillet 1845, D., 1845, 4, 475; Colmar, 15 juillet 1846, Pal., 1847, 1, 440; Riom, 14 août 1846, Pal., 1847, 2, 385; 5 novembre 1846, Pal., 1848, 1, 750; Dal., 2, 96; Paris, 5 février 1847, Pal., 1847, 1, 556; Dal., 4, 457; Rennes, 1er février 1847, Pal., 1848, 1, 58; 8 mars 1848, Pal., 1849, 1, 64; Dal., 1849, 2, 103; Cass., 25 mai 1845, D., 1845, 1, 225; Pal., 1845, 1, 625; Dal., 1845, 1, 225; 17 juin 1845, D., 1845, 1, 415; Pal., 1845, 2, 140; Dal., 1845, 1, 415; 28 avril 1846, Pal., 1846, 1, 713; Dal., 1846, 1, 210; Cass., 4 avril 1849, Dal., 1849, 1, 107; 18 juin 1849, Dal., 1850; Bordeaux, 19 mars 1849, Dal., 1849, 2, 103.

(2) Colmar, 1er février 1847, Pal. 1848, 1, 58; Rouen, 25 mars 1846, Pal., 1847, 1, 552; Rennes, 23 février 1849, Pal., 1849, 2, 86.

(3) Cass., 5 décembre 1849, Pal., 1850, 1, 5; Dal., 1850, 1, 33.

(4) Zach., p 575 et 577; Toullier, n° 581; Dur., n° 629; — Nîmes, 15 juin 1821, S., 1822,

Nous pensons que les donations révoquées de plein droit par la séparation de corps, en vertu des articles 299 et 300, sont de plus révocables pour cause d'ingratitude, en vertu de l'article 953. — La Cour de cassation, dans le dernier état de sa jurisprudence, et quelques auteurs, considèrent, il est vrai, comme inutile ce luxe de déchéance, et croient superflu de s'occuper de la révocabilité (1). Mais il est facile d'établir que, même en admettant la révocation de plein droit, l'époux donataire peut avoir intérêt à user de la révocabilité : supposons qu'une femme, après avoir obtenu la séparation de corps, et par suite la révocation des donations qu'elle a faites, se rende ensuite coupable d'adultère : refusera-t-on au mari la faculté de se prévaloir du bénéfice de l'article 953? — Si le donateur est mort victime d'un attentat commis par sa femme, ne faudra-t-il pas laisser aux héritiers l'action en révocation? —On argumente de l'art. 959, lequel déclare que « les donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingra- » titude; » ces expressions générales comprennent, dit-on, les donations faites aux époux par des tiers et celles qui sont faites par les époux l'un à l'autre; erreur : pourquoi les donations en faveur du mariage sont-elles exceptées du principe de la révocabilité? Parce que la déchéance est une peine; or, sans cette exception, la peine aurait atteint, par le fait, non-seulement l'époux donataire, mais encore son conjoint et les enfants du mariage.—Ces considérations ne se présentent pas, lorsque les libéralités ont été faites par l'un des époux à l'autre; les enfants retrouveront, dans la succession du donateur, les biens qu'ils auraient recueillis dans celle du donataire : on peut dire qu'ils sont intéressés à ce que ces biens retournent entre les mains de l'époux honnête et probe. — Ces principes étaient admis par nos anciens auteurs; la plupart décidaient que les donations entre époux étaient révocables pour cause d'ingratitude; ils ne considéraient comme ayant pour cause le mariage que les donations faites aux époux par des tiers (2) : comment admettre que les rédacteurs du Code aient eu d'autres pensées? Le contraire nous est démontré par les discussions au conseil d'État (Fenet, t. 12, p. 601 et 636); par l'article 299, qui prononce la révocation de plein droit, disposition qui serait inconciliable avec celle de l'article 959, s'il était vrai que ce dernier article comprît non-seulement les donations faites par des tiers, mais encore les donations entre époux; avec les articles 1082 et 1093, qui distinguent avec soin les donations faites par des tiers aux époux, de celles qui sont faites par les époux l'un à l'autre; enfin, avec tous les articles des chapitres 8 et 9, titre 3, liv. 3, qui confirment la même distinction.—L'article 960 est le seul qui établisse cette confusion; mais on peut dire que c'est là une disposition exceptionnelle, qui se justifie par la règle spéciale que le législateur se proposait d'établir sur les effets de la survenance d'enfants. — Au résumé, les mêmes causes qui donnent lieu à séparation caractérisent l'ingratitude (985); par conséquent, l'époux offensé doit avoir la faculté de choisir l'une ou l'autre voie : les donations entre époux ne sont point réputées faites, comme celles qui émanent des tiers, en faveur du mariage, mais à l'occasion du mariage : *propter nuptias* (3).

2, 108; Toulouse, 11 avril 1809, S., 1813, 2, 550; Cass., 30 mars 1824, S., 1824, 1, 306; Grenoble, 29 mars 1835; Riom, 19 août 1839, Pal., 1840, 1, 590; 30 mai 1836; Rouen, 2 juillet 1840, Pal., 1840, 2, 712; 28 janvier 1837, Pal., 1837, 1, 435; 15 novembre 1842, Pal., 1843, 1, 183.

(1) Massol, p. 217, n° 52; Delv., p. 86, n° 1; Proudhon-Valette, t. 1er, p. 545-548; Vazeille, t. 2, n° 519; — Cass., 25 mai 1845, D., 1845, 1, 225; 17 juin 1845, D., 1845, 1, 415.

(2) *V.* Pothier, Don., sect. 5, art. 3, § 3; Merlin, Rép., v° Ingratitude, n° 2; Institut. contr., § 9.

(3) Proudhon, t. 1er, p. 545; Demolombe, n° 528; Merlin, Sép. de corps; — Rennes, 25 avril 1810; Toulouse, 11 avril 1809; Nîmes, 15 juin 1821; Amiens, 15 février 1827, S., 27, 2, 71; Aix, 29 mars 1827, S., 27, 5, 156; Rouen, 25 février 1828, S., 28, 2, 141; 25 juillet 1829, 15 novem-

L'époux contre lequel la séparation de corps a été obtenue conserve-t-il du moins les donations qui lui ont été faites par les parents de son conjoint? ∿ Les articles 299 et 300 sont limitatifs (1).

Il est de principe que les donations entre époux, faites pendant le mariage, sont irrévocables (1096); mais, lorsque la séparation a été prononcée, les donations conservent-elles ce caractère à l'égard de l'époux donataire demandeur en séparation? ∿ Quelques auteurs décident qu'elles deviennent irrévocables : de même, disent-ils, que l'article 299 enlève au défendeur les avantages qu'il a reçus soit par contrat de mariage, soit depuis; de même l'article 300 maintient ceux qui ont été faits à l'époux demandeur (2). ∿ La réponse est toute simple : si le demandeur conserve les avantages que son conjoint lui a faits, ces avantages du moins ne doivent pas être augmentés; or, c'est ce qui arriverait, si les libéralités devenaient irrévocables, de révocables qu'elles étaient (3).

Peines prononcées contre la femme adultère.

308 — La femme contre laquelle la séparation de corps sera prononcée pour cause d'adultère, sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction (4) pendant un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années.

= L'adultère est une cause de séparation dans les cas prévus par la loi : mais la faute de la femme est beaucoup plus grave que celle du mari; car elle peut avoir pour conséquence de conférer des droits héréditaires que la loi n'entend accorder qu'aux enfants légitimes.—Il a paru convenable d'accorder au juge déjà saisi de l'action civile, le pouvoir de prononcer, contre la femme coupable, la peine portée par la loi pénale, afin d'éviter autant que possible le renouvellement de débats scandaleux toujours fâcheux pour la famille. Ce n'est point là une dérogation au principe de l'article 336 C. pén. : sans doute, il est de règle que l'application de la peine correctionnelle ne peut avoir lieu que sur la plainte du mari; mais on doit considérer comme équivalente à une plainte la demande en séparation qu'il a formée pour cette cause.

bre 1838, Pal., 1838, 2, 568; Douai, 15 juillet 1829; Paris, 28 août 1829, S., 29, 2, 257, Dev. Pal.; Caen, 9 décembre 1836, S., 37, 2, 164; Pal., 1837, 1, 452; 28 avril 1839, Pal., 1840, 1, 590; 7 mars 1840, Pal., 1841, 1, 514; Rouen, 2 juillet 1840, Pal., 1840, 2, 712; 26 août 1842, Pal., 1843, 1, 185; Caen, 22 août 1845, Pal., 1846, 1, 577; Riom, 5 novembre 1846, Pal., 1848, 1, 750.

(1) Proudhon, p. 523; Massol, p. 310 et 311; Demolombe, n° 529.—*Voyez* cep. Delv., p. 86, n° 2.

(2) Toullier, n° 745; Proudhon, t. 1er, p. 518.

(3) Dur., t. 2, t. 2, n° 631; Massol, p. 311, n° 3; Demolombe, n° 530.

(4) C'est-à-dire à l'emprisonnement. — Cette disposition serait mieux placée dans le Code pénal, puisqu'elle établit une peine; mais on a cru devoir la comprendre dans ce titre, parce que le Code pénal de brumaire an IV, en vigueur lorsque le Code civil a été fait, ne portait aucune peine contre l'époux adultère : or, le Code civil est antérieur au Code pénal. — Cette même peine se retrouve dans l'art. 298 2° C. C., relatif au divorce.

La peine est de 3 mois à 2 ans de prison ; mais il y a cela de particulier, que le mari reste le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme (337 C. pén.).

Observons, surtout, que le tribunal civil n'est compétent que relativement à la femme; le complice ne peut être condamné que par le tribunal de police correctionnelle : les seules preuves admises contre lui sont, outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces qu'il a écrites.—La peine est de 3 mois à 2 ans de prison, et de 100 fr. à 2,000 francs d'amende (338 C. pén.).

C'est également au tribunal correctionnel seul qu'il appartient de statuer contre le mari coupable d'adultère (1). La peine consiste dans une amende de 100 francs à 2,000 francs (339 C. pén.). Le tribunal ne peut être saisi que sur la plainte de la femme.

Le tribunal civil condamne la femme, sur la *réquisition du ministère public ;* mais il faut observer qu'il ne peut prononcer la peine que par le jugement même qui statue sur la séparation de corps : ce jugement, une fois rendu, il est dessaisi de l'action principale, et se trouve dès lors incompétent pour statuer sur l'accessoire (308 C. civ., 336 et 337 C. pén.) (2).

Bien plus, l'emprisonnement prononcé contre la femme coupable ne peut être l'objet d'une action correctionnelle de la part du ministère public, qu'autant qu'il y a plainte du mari (art. 336 C. pén.) (3).

Il a été jugé que le tribunal ne peut prononcer contre la femme adultère aucune peine, lorsqu'il s'est écoulé plus de trois ans depuis le fait reproché ; que ce fait est alors couvert par la prescription (4).

La femme traduite en police correctionnelle pour délit d'adultère, et renvoyée de la plainte par l'acte de désistement du mari, ne reste pas moins soumise à l'application des articles précités du Code pénal, si elle est ensuite convaincue d'adultère devant le tribunal civil saisi de la demande en séparation; car, ainsi que nous l'avons établi, cette demande équivaut à une plainte (5).

309 — Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme.

= Cette disposition est reproduite dans l'article 337 C. pén.

L'intérêt de la société n'étant que secondaire quand il s'agit de l'adultère, il a paru convenable de laisser au mari le droit de grâce. Le législateur, toujours désireux d'opérer un rapprochement entre les époux, a pensé que l'indulgence pouvait être un moyen de ramener la femme au devoir.

(1) Favard, Sép., sect. 2, § 3, n° 2; Zach., t. 3, p. 373; Massol, p. 198, n° 3.

(2) Rouen, 14 mai 1829, Dev. Pal.

(3) Rouen, 14 mai 1829, Dev. Pal.; Orléans, 12 avril 1842, Pal., 1842, 1, 618; Cass., 2 juin 1842, Pal., 1842, 2, 20.

(4) Paris, 20 février 1845, Pal. 1845, 1, 422.

(5) Paris, 31 août 1841, Pal., 1841, 2, 590; Rouen, 18 novembre 1847, Dal., 1848, 2, 50.

Il est admis, néanmoins, que le mari ne peut reprendre sa femme malgré elle, après qu'elle a subi sa peine (1).

310 — Lorsque la séparation de corps, prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme, aura duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur pourra demander le divorce au tribunal, qui l'admettra, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation.

= Le divorce étant aboli, cet article se trouve implicitement abrogé.

Comment la séparation de corps peut cesser ; effets de la réunion des époux.

Il est toujours libre aux époux de faire cesser les effets du jugement de séparation : la loi voit même avec faveur ce rapprochement ; elle n'exige pas qu'il soit établi par un acte ; elle ne reproduit pas la disposition suivante de l'article 37 du projet : « La séparation cessera par le » rétablissement notoire de la vie commune, ou par la déclaration que » feront les époux, dans un acte authentique, qu'ils entendent faire » cesser l'état de séparation (Locré, Législ. civ., t. 5). Le concours des deux volontés, telle est la seule condition requise : aucune formalité judiciaire ou extrajudiciaire n'est prescrite. — La preuve de cet accord peut résulter d'un acte ou des circonstances, notamment de la réunion volontaire des époux (2) : nul doute que les faits de réconciliation qui auraient pu être présentés comme fins de non-recevoir par l'époux défendeur, feraient tomber de plein droit le jugement, s'ils survenaient depuis (3). — On ne saurait, du reste, poser à cet égard de règle absolue ; il s'agit d'une pure question de fait : les époux sont-ils réconciliés ? tel est le seul point à rechercher. — Il va de soi que des faits équivoques ne suffiraient point : par exemple, les soins ou les consolations que l'un des époux serait allé donner à l'autre, en cas de maladie, de revers de fortune, ou de vifs chagrins, seuls et isolés de toute autre circonstance, n'attesteraient point suffisamment l'intention irrévocable et définitive de renoncer au jugement de séparation : dans le doute, le juge doit maintenir ce qui est.

La réconciliation des époux fait disparaître toutes les atteintes portées aux effets du lien conjugal par le jugement de séparation ; les droits et devoirs respectifs des époux renaissent ; les attributs de la puissance paternelle reprennent toute leur force, soit en ce qui concerne la per-

(1) Cass., 3 février 1841, Pal., 1841, 1, 276.
(2) Zach., p. 378; Vazeille, t. 2, p. 593; — Paris, 16 avril 1807, Dev. Pal.
(3) Dur., n° 637; Toullier, n° 783; Vazeille, *ibid.*; Zach., *ibid.*; Massol, p. 347.

sonne des enfants dont la garde aurait été confiée à un tiers, soit en ce qui concerne leurs biens : toutefois, cette tierce personne doit prudemment continuer ses soins aux enfants, jusqu'à ce que le tribunal l'ait dégagée des devoirs qui lui ont été judiciairement imposés (1).

Que faut-il décider à l'égard des biens de la femme? La réconciliation des époux a-t-elle pour effet de rétablir les choses sur l'ancien pied ? — L'art. 1451 règle les effets de la réconciliation pour le cas de communauté. Il est ainsi conçu : « La communauté dissoute par la séparation » soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie » *du consentement des deux parties*. Elle ne peut l'être que par un » acte passé devant notaires et avec minute, dont une expédition doit » être affichée dans la forme de l'article 1445. En ce cas, la communauté » rétablie reprend son effet du jour du mariage; les choses sont re- » mises au même état que s'il n'y avait pas eu de séparation, sans pré- » judice, néanmoins, de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, » ont pu être faits par la femme, en conformité de l'article 1449. Toute » convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté » sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieure- » ment est nulle. »

Ainsi, la réunion des époux ne fait cesser la séparation de biens qu'autant que les époux font une convention *ad hoc*.—Valin s'exprimait ainsi : « Quand la femme retourne avec son mari sans lui confier la direction de ses biens, meubles et immeubles, elle ne fait que mettre fin à la séparation de corps, et cela, sans doute, par principe de religion et par raison de conscience : il est bien évident, alors, qu'elle ne tend pas à déroger à la séparation de biens ; et quoique cette séparation n'ait été ordonnée que par une suite naturelle et inévitable de la séparation d'habitation, rien n'empêche qu'elle ne puisse subsister malgré la révocation de l'autre, puisque, après son exécution, son effet est absolument indépendant de toute réconciliation..... Il serait même de dangereuse conséquence qu'il en fût autrement, attendu que l'intérêt que les parties pourraient avoir de ne pas renoncer à la communauté serait peut-être un obstacle invincible à leur réunion (2). »

Comme cet acte de renouvellement n'est soumis à aucune condition spéciale, il nous paraît que les époux mineurs peuvent le consentir sans assistance ni autorisation ; en effet, il ne s'agit point d'innover, mais de revenir à un acte passé légalement.

Lorsque ces formalités ont été remplies, la communauté reprend son effet du jour du mariage, et les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation ; sans préjudice, néanmoins, de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont été valablement faits par la femme.

Toutefois, les époux ne peuvent rétablir leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement (1451 et 1395 comb.).

(1) Zach., t. 3, p. 578; Vaz., t. 2, nos 557 et 558; Demolombe, no 538.
(2) Angers, 19 avril 1839, Pal., 1839, 1, 665.

Bien qu'il ne soit parlé textuellement dans l'article 1451 que du régime en communauté, il faut appliquer le même principe toutes les fois qu'il s'agit de rétablir le régime matrimonial primitif, quel qu'il soit, car les mêmes raisons se présentent.

Nous n'hésitons pas à décider que les donations faites par contrat de mariage à l'époux défendeur en séparation, revivent par l'effet de la réconciliation, lorsque les parties ont manifesté dans les formes prescrites par l'article 1451, la volonté de rendre force à leur contrat de mariage (1).

On a prétendu que ces donations devaient être considérées comme faites pendant le mariage, et qu'elles étaient en conséquence essentiellement révocables (1096); mais il résulte des textes que le retour au contrat de mariage reconstitue les choses dans leur premier état; que les donations renouvelées reprennent leur caractère d'irrévocabilité (2).

L'époux qui s'est réuni à son conjoint, après avoir obtenu la séparation de corps, conserve la faculté de former, pour des causes nouvelles, une deuxième demande; et il peut même, en pareil cas, faire valoir à l'appui les faits qui ont motivé l'admission de la première (arg. de l'art. 273) (3).

— L'époux (homme ou femme) qui a obtenu la séparation de corps pour toute autre cause que celle de l'adultère, peut-il renoncer au jugement et contraindre son conjoint à la vie commune? ∽ Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : l'époux défendeur ne saurait se faire un titre du jugement rendu contre lui; ce jugement confère au demandeur un droit particulier, celui d'avoir une habitation séparée : libre à lui, par conséquent, d'y renoncer. — Le condamné à qui l'autorité supérieure fait grâce ne peut refuser cette grâce (4). ∽ L'opinion contraire nous paraît mieux fondée : un contrat judiciaire s'est formé tacitement entre les époux, le jour où ils se sont trouvés en présence, par l'effet de l'instance engagée; on doit, par conséquent, appliquer à ce contrat la règle de l'article 1134, 2e partie : *Quod ab initio voluntatis, ex post-facto necessitatis.* — Le mariage, sans doute, a beaucoup de dispositions spéciales; mais il ne faut point conclure de là qu'il est complétement affranchi du droit commun. —Vainement argumenterait-on de l'article 309 C. civ. : cet article règle uniquement le cas où la séparation a été prononcée pour cause d'adultère de la femme. —De hautes considérations de morale exigeaient que le mari fût libre de pardonner une faute qui l'atteint principalement dans ses affections; il fallait bien un texte formel, pour que le mari pût faire remise à sa femme d'une peine prononcée par la justice; mais, hors ce cas exceptionnel, la règle générale reprend son empire. — L'article 1451 nous fournit un argument puissant : si la seule volonté de l'une des parties ne suffit pas pour faire cesser la séparation de biens, comment

(1) Demolombe, n° 544. *Voy.* toutefois Duranton, n° 629, t. 2.

(2) Demolombe, nos 545 et suiv.; Proudhon, Valette, p. 554. — *Voy.* cep. Delv., p. 86, n° 11.

(3) Demolombe, n° 548; Vazeille, t. 2, nos 578 et suiv.; Zach., t. 3, p. 365; Massol, p. 79, n° 10; — Nîmes, 26 décembre 1811; Paris, 16 avril 1807; Dev. Pal., 19 juin 1839; Pal. 1839, 2, 80.

(4) Dur., nos 525 et 518, t. 2; Locré, t. 4, p. 496; t. 2, n° 595; Vazeille, n° 595; Favard, v° Séparation de corps, sect. 2, § 4, t. 3, p. 119; D., Sép. de corps, ch. 1er, sect. 3, n° 4.

suffirait-elle pour faire cesser la séparation de corps? Les mêmes raisons se présentent dans l'un et l'autre cas.—Le jugement intervenu n'est point un contrat unilatéral : il modifie l'état des époux ; il relâche pour tous deux les liens du mariage ; il constate que la vie commune est devenue insupportable.—Les causes qui ont produit la désunion ne peuvent donc cesser que par le concours des deux volontés ; — il s'agit au surplus d'une question de fait (1).

La réhabilitation de l'époux qui a été condamné à une peine infamante suffit-elle pour anéantir l'effet de la séparation prononcée? — La réhabilitation ne produit d'effet que pour l'avenir (447 et 633 Inst. crim.); mais il en serait autrement, si, par suite de la révision de son procès, cet époux avait été acquitté, absous ou condamné à une peine non infamante ; le jugement de séparation se trouverait alors de plein droit anéanti : ce second jugement rétroagirait sur le premier (2).

RÉSUMÉ DU CHAPITRE V.

On nomme séparation de corps, l'état où se trouvent deux époux dispensés, par un jugement, de l'obligation de vivre ensemble.

Causes de la séparation.

La séparation de corps ne peut être prononcée que dans les cas où il y aurait lieu au divorce pour cause déterminée. — La loi n'admet pas la séparation de corps par consentement mutuel.

Ces cas sont au nombre de trois : l'adultère ; les excès, sévices ou injures graves ; la condamnation devenue irrévocable de l'un des époux à une peine infamante.

L'*adultère* de la femme entraîne la séparation de corps, dans quelque lieu qu'il ait été commis. — Un fait isolé suffit.

L'*adultère* du mari n'est une cause de séparation que lorsqu'il se joint au scandale de l'entretien d'une concubine dans la maison commune. (P. 13.)

L'*entretien* suppose une résidence habituelle. — Le *concubinage* suppose des relations suivies. — La *maison commune* désigne le lieu où la femme a le droit de se rendre, où le mari est obligé de la recevoir. (P. 14.)

Il importe peu, du reste, que la concubine ait été introduite dans la maison commune par le mari ou par tout autre ; qu'elle y ait été tenue en qualité de domestique, d'amie, ou de parente ; la loi ne distingue pas. (P. 13.)

L'adultère n'est pas seulement un tort grave, une cause de séparation, il constitue un délit (337, 338, 339 C. pén.). (P. 15.)

(1) Massol, p. 350 n° 3; Demolombe, n°s 532 et suiv.; Zach., t. 3, p. 318; — Cass., 3 février 1841, D., 1841, 1, 107; Angers, 19 avril 1839, D., 1839, 2, 79; Dev., 1839, 2, 243; Pal., 1839, 1, 663.

(2) Vazeille, p. 557; Zach., p. 579.

Si l'adultère a été commis par la femme, la peine est prononcée soit par le tribunal civil, à *la requête du ministère public*, lorsqu'une demande en séparation de corps a été formée (309 C. P.),—soit directement par le tribunal correctionnel, *sur la plainte* du mari (336 C. P.).

Le tribunal civil ne peut condamner correctionnellement la femme que par le jugement même qui prononce la séparation; ce jugement une fois rendu, il cesse d'être compétent.

Si l'adultère a été commis par le mari, le tribunal correctionnel seul peut lui infliger une peine, sur la plainte de la femme (339 C. P.).

On nomme *excès*, les attentats qui peuvent compromettre la vie d'une personne; — *sévices*, les actes de méchanceté qui, sans compromettre la vie, causent néanmoins une souffrance;—*injures graves*, les actions qui attaquent l'honneur et la considération. — Pour motiver la séparation de corps, les sévices et les injures doivent être continuels. — La publicité de l'injure n'est pas une condition essentielle.

Les excès sont toujours une cause de séparation; mais, en ce qui concerne les sévices et les injures, tout est relatif : le juge doit avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes. (P. 16.)

L'effet que la loi attache aux peines *infamantes* (p. 17) s'étend, *à fortiori*, à celles qui sont en même temps *afflictives* : son seul but, en se bornant à parler des peines *infamantes*, a été de faire entendre que les peines *afflictives* ne suffiraient pas; — ainsi, les peines qui donnent lieu à séparation de corps sont au nombre de cinq, savoir : les travaux forcés à temps, la détention, la réclusion, le bannissement, la dégradation civique. — On signale cette bizarrerie choquante, que l'administrateur condamné à la dégradation civique pour s'être immiscé dans l'exercice du pouvoir législatif, se trouve dans un cas de séparation de corps, tandis que l'individu condamné pour vol à une peine correctionnelle conserve la faculté de contraindre sa femme à la vie commune.

La commutation de peine ou la grâce n'élève pas de fin de non-recevoir contre la demande en séparation; mais il en est autrement de la réhabilitation, car elle efface l'infamie. (P. 17.)

Les faits d'adultère, d'excès, de sévices ou d'injures graves se prouvent par des écrits, par témoins, et même par des présomptions. — La condamnation se prouve par la production d'un extrait en bonne forme de l'arrêt ou du jugement, avec un certificat portant que la condamnation n'est plus susceptible d'être réformée. (P. 18.)

Le droit de poursuivre la séparation de corps est exclusivement attaché à la personne de l'époux outragé; les créanciers ne peuvent même intervenir dans l'instance. — Le tuteur de l'époux interdit n'est admis à former cette demande qu'en vertu d'une autorisation du conseil de famille. (P. 19.)

La séparation ne peut être demandée après la mort de l'un des époux, car elle n'a plus d'objet. Telle est même, selon nous, la rigueur de

la règle, que les héritiers ou successeurs de l'époux outragé ne peuvent continuer l'instance qu'il a introduite. (P. 20.)

Les mêmes causes qui donnaient lieu au divorce pour cause déterminée pouvant motiver la séparation de corps, il faut admettre, dans le silence de la loi, les mêmes fins de non-recevoir.

Dans ce nombre, on remarque le fait, la réconciliation des époux. — Cette fin de non-recevoir est proposable, lors même que la demande a eu pour cause la condamnation du défendeur à une peine infamante. Le juge est souverain appréciateur des faits; on peut en établir la preuve par tous moyens légaux, même par l'aveu du demandeur; — mais nous excepterons le serment soit décisoire, soit supplétoire; car ce serait constituer les parties arbitres d'une question qui touche en définitive à l'ordre public. (P. 21 et 22.)

Au surplus, le pardon ne met point obstacle à ce qu'une action nouvelle soit formée pour cause survenue depuis; on peut alors faire usage des anciennes causes, lors même que les faits nouveaux ne sont pas assez graves par eux-mêmes pour motiver la séparation. (P. 23.)

Questions. — La grossesse de la femme au moment de son mariage n'est point une cause de séparation, lors même qu'elle a été dissimulée au mari. — Même décision à l'égard de la condamnation antérieure au mariage. — La dissimulation de ces faits peut seulement, suivant les circonstances, constituer une injure grave. (P. 23.)

La réconciliation ne résulterait pas suffisamment de ce seul fait, que les époux n'auraient pas cessé d'habiter ensemble (p. 24);

Ni de ce que la femme serait rentrée au domicile conjugal (p. 24);

Ni de ce qu'elle serait devenue enceinte. (P. 24.)

Il faut étendre à la séparation de corps l'article 269 C. civ., sur le divorce. (P. 24.)

La réciprocité de torts n'élève point de fin de non-recevoir contre la demande en séparation de corps; mais les tribunaux doivent y avoir égard pour apprécier la gravité des faits reprochés au défendeur. (P. 26.)

Procédure en séparation de corps.

Le divorce et la séparation de corps sont considérés comme deux institutions parallèles, soumises, en général, aux mêmes règles; mais la loi prend soin de déclarer que la séparation ne peut avoir lieu par consentement mutuel (art. 307).

De là il résulte que l'aveu du défendeur, isolé de toute autre circonstance, ne suffit point pour former une preuve complète. — Quant au serment, il ne peut être déféré, car il aurait pour résultat de dessaisir

le tribunal, pour constituer l'une des parties juge du procès ; ce qui ne peut avoir lieu dans les matières qui touchent essentiellement à l'ordre public. — Du reste, nous n'entendons pas exclure l'interrogatoire sur faits et articles; ce n'est là qu'une mesure préparatoire qui ne préjuge rien. (P. 28.)

Il est bien entendu qu'on ne considérerait pas comme séparation volontaire, celle que le défendeur laisserait prononcer en faisant défaut.

Mais il ne serait point déchu du droit d'interjeter appel, s'il avait acquiescé formellement au jugement intervenu : car toute convention sur les questions d'état sont réputées non écrites. (P. 28.)

La séparation de corps est intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile (art. 307), sauf les différences suivantes (p. 28) : 1° le préliminaire de conciliation n'a pas lieu devant le juge de paix, mais devant le président du tribunal civil; 2° les parents ou alliés et les domestiques peuvent être entendus comme témoins.

L'époux qui veut se pourvoir en séparation présente requête au président du tribunal civil.

Le président répond la requête par une ordonnance portant que les époux comparaîtront devant lui à jour indiqué. — Si le défendeur fait défaut, le demandeur n'est pas moins autorisé à continuer ses poursuites. — Si c'est au contraire le demandeur qui ne se présente pas, le président peut considérer cette absence comme une renonciation aux poursuites commencées.

Du reste, rien ne s'oppose à ce que le président prolonge l'essai de conciliation.

Si les parties ne peuvent se réconcilier, le président les renvoie à se pourvoir devant le tribunal civil; il autorise d'office la femme à se retirer dans telle maison qu'il indique, et à ester en jugement.

En vertu de l'ordonnance du président, le demandeur fait assigner son conjoint.

Si le tribunal juge les faits exposés dans la requête pertinents et admissibles, il peut, suivant les circonstances, ou prononcer sur-le-champ la séparation (*de plano*), ou ordonner une enquête.

L'enquête n'a pas lieu sommairement à l'audience, mais comme en matière ordinaire. (252 et suiv. Pr.)

L'affaire vient ensuite à l'audience pour être jugée, comme toutes autres contestations, après plaidoiries.

Lorsque la demande est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, le tribunal, comme de raison, n'ordonne pas d'enquête; il prononce sur le vu d'un extrait de l'arrêt ou du jugement de condamnation. (P. 29 et 30.)

La séparation de corps résulte du jugement; la loi n'impose pas aux parties l'obligation de se présenter devant l'officier de l'état civil, comme cela était prescrit pour le cas de divorce (294 C. C.).

Le jugement de séparation peut être attaqué par voie d'opposition, d'appel ou de cassation.

Observons, en terminant sur ce point, que l'action doit toujours être portée devant le tribunal civil ; elle ne pourrait se débattre devant un tribunal criminel. — Si l'action criminelle est intentée avant ou pendant l'action civile, celle-ci reste suspendue jusqu'à la décision à intervenir, conformément à l'article 3 Instr. crim.

Mesures provisoires et conservatoires auxquelles donne lieu la demande en séparation de corps.

Les mesures provisoires auxquelles pouvait donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée s'appliquent à la séparation de corps.

Ces mesures sont relatives : à la personne des enfants, à la personne et aux intérêts pécuniaires de la femme.

L'administration de la personne des enfants reste au mari (demandeur ou défendeur), à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal. — Souvent, en cas d'urgence, le président prend sur lui de statuer sur ce point.

La loi pourvoit à la sûreté de la femme, en décidant que le président l'autorisera, par l'ordonnance de renvoi à l'audience, à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues, ou qu'il indiquera d'office, et prescrira au mari de lui remettre les effets à son usage journalier.

Quant aux demandes en provision pour *aliments* ou *ad lites*, elles sont portées à l'audience.

Le mari demeure, pendant l'instance en séparation, chef de la communauté et administrateur des biens personnels de la femme.

Mais la femme (demanderesse ou défenderesse) peut, en tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté.

Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, et toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieure à la date de l'ordonnance du président, est nulle, s'il est prouvé qu'elle a eu lieu en fraude des droits de la femme.

Comment concilier le pouvoir d'administrer, avec la faculté accordée à la femme de faire apposer les scellés et de faire inventaire? (*V.* p. 36.)

Questions. — Les articles 259 et 260, qui accordaient au tribunal la faculté de surseoir, pendant un certain temps, à la prononciation du jugement définitif sur le divorce, lorsque la demande était formée pour excès, sévices ou injures graves, ne sont point applicables en matière de séparation de corps. (P. 37.)

L'article 22 du décret du 30 mars 1808, d'après lequel les questions d'état portées en cour d'appel doivent être jugées en audience solennelle, ne sont point applicables en cas de séparation de corps. (P. 37.)

L'acquiescement exprès de l'époux défendeur, au jugement de séparation de corps, ne le prive pas du droit de former opposition ou d'interjeter appel : autre chose, en effet, est de laisser expirer les délais accordés pour attaquer le jugement, autre chose est d'acquiescer. (P. 37.)

Le défendeur peut acquiescer au jugement interlocutoire qui a ordonné l'enquête. (P. 38.)

Effets de la séparation de corps.

Les effets de la séparation de corps peuvent être considérés sous trois points de vue :

1° En ce qui touche les enfants ;

2° En ce qui concerne les relations des époux entre eux ;

3° En ce qui concerne leurs intérêts pécuniaires.

Par rapport aux enfants, le père conserve l'autorité paternelle, lors même qu'il a été défendeur à la demande en séparation de corps ; — toutefois, le tribunal peut prescrire telles mesures qu'il juge convenables, relativement à leur personne et à l'administration de leurs biens ; les articles 302 et 303 sur le divorce s'appliquent à la séparation de corps. — Quant à l'article 386, qui déclare l'époux contre lequel le divorce a été obtenu, déchu de la jouissance des biens de ses enfants, on s'accorde à décider qu'il faut le restreindre au cas de divorce ; car c'est là une disposition exorbitante. (P. 39 et 40.)

En ce qui touche les rapports des époux entre eux, la séparation de corps les affranchit de l'obligation de vivre ensemble ; la femme acquiert le droit d'avoir un domicile séparé de celui de son mari, et réciproquement, ce dernier cesse d'être tenu de la recevoir. — Du reste, ils demeurent soumis à toutes les règles du chapitre 6, titre 5, sur les droits et devoirs respectifs des époux ; car le mariage n'est pas dissous. (P. 40.)

En ce qui concerne les intérêts pécuniaires des époux (311 C. civ.), la séparation de corps emporte de plein droit la séparation de biens ; ce qui donne lieu à une liquidation. — Mais il faut observer que la séparation de biens, suite de la séparation de corps, ne produit d'effet qu'à partir du jugement, non-seulement vis-à-vis des tiers, mais encore par rapport aux époux ; tandis que la séparation de biens, prononcée principalement, rétroagit au jour de la demande (1445) : pourquoi cette différence? La demande en séparation de biens a pour cause unique le désordre des affaires du mari ; le demandeur en séparation de corps prétend que la vie commune est devenue insupportable : dans ce dernier cas, la séparation de biens n'est qu'une conséquence du jugement

intervenu. C'est à la femme, si elle veut obtenir la séparation de biens avec effet rétroactif, à former simultanément une demande en séparation de corps et une demande en séparation de biens.

Par suite du même principe, on décide que les créanciers ne peuvent intervenir dans l'instance en séparation de corps, tandis que cette faculté leur est formellement accordée quand il s'agit de la séparation de biens. (P. 43.)

Questions. — Les articles 299 et 300, relatifs au cas de divorce, s'appliquent à la séparation de corps. (P. 44.)

Les donations faites à l'époux contre lequel la séparation de corps a été obtenue sont de plus révocables pour cause d'ingratitude. (P. 46.)

Mais il conserve celles qui lui ont été faites par son conjoint. (P. 47.)

Les donations faites à l'époux, demandeur en séparation, par son conjoint, ne cessent pas d'être révocables (1096). (P. 48.)

Peines prononcées contre la femme en cas de séparation pour cause d'adultère.

Par le jugement qui prononce la séparation de corps, le tribunal civil doit condamner la femme, sur la réquisition du ministère public, aux peines portées par l'article 337 du Code pénal.

Observons : 1° que cette condamnation ne peut être prononcée que par le jugement ; — 2° que le tribunal civil n'est compétent que par rapport à la femme ; il ne peut donc prononcer de condamnation pénale ni contre le complice (338 C. pén.), ni contre le mari coupable d'adultère. C'est au tribunal correctionnel seul qu'il appartient de statuer. (338 C. pén., 308 C. civ.)

Comme l'intérêt de la société n'est que secondaire quand il s'agit de l'adultère, il a paru convenable de laisser au mari le droit d'arrêter l'effet de la condamnation, en consentant à reprendre sa femme (309 C. civ.). (P. 49.)

Comment la séparation de corps peut cesser. — Effets du rapprochement des époux.

La loi voit avec faveur le rapprochement des époux ; elle n'exige même pas qu'il soit dressé acte de ce fait : le concours des deux volontés, telle est la seule condition requise ; le juge apprécie les circonstances. (P. 50.)

La réconciliation des époux fait renaître dans toute leur étendue, entre les époux, les droits et devoirs résultant du mariage; mais ils restent séparés de biens tant qu'ils n'ont pas manifesté, par un acte passé devant notaire, avec minute, la volonté de revenir à leurs conventions

primitives. — Cet acte n'est soumis, du reste, à aucune condition spéciale. (P. 51 et 52.)

Questions. — La faculté, pour l'époux, de contraindre son conjoint défendeur à la demande en séparation de se réunir à lui, est restreinte au cas d'adultère. (P. 52.)

La réhabilitation de l'époux condamné à une peine infamante ne suffit pas pour anéantir l'effet de la séparation prononcée. Il en serait autrement si cette condamnation avait été réformée. (P. 53.)

———

TITRE VII.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION.

(Décrété le 23 mars 1803, promulgué le 2 avril.)

Les mots *paternité* et *filiation* sont deux corrélatifs qui expriment, l'un la qualité de père, et l'autre la qualité de fils.

Mais sous cette dénomination générale, *paternité*, la loi comprend ici le lien paternel et le lien maternel.

La paternité peut être naturelle et civile tout à la fois, naturelle seulement, ou civile seulement.

Elle est *naturelle et civile* (mixte, comme le disent quelques auteurs), à l'égard des enfants conçus pendant le mariage, ou légitimés par mariage subséquent;

Elle est *civile*, pour les enfants adoptifs;

Naturelle, à l'égard des enfants conçus hors mariage. Nous verrons toutefois que la loi donne ce nom, mais improprement, aux enfants nés pendant le mariage, bien qu'ils aient été conçus antérieurement (314). — La paternité naturelle se subdivise en *naturelle simple*, *adultérine* ou *incestueuse*.

Les questions relatives à la paternité et à la filiation, comme toutes celles qui concernent l'état civil en général (1), intéressent l'ordre public; dès lors, elles ne peuvent être l'objet ni d'un compromis, ni d'une transaction; elles ne sont point soumises au préliminaire de conciliation (49 Pr.); elles doivent être communiquées au ministère public (83 Pr.); enfin, elles doivent être jugées en audience solennelle, à moins qu'elles ne s'élèvent incidemment comme défense à l'action principale (décret du 30 mars 1808). — Du reste, ces sortes d'actions se forment, s'instruisent et se jugent comme toute autre action civile (2).

L'action relative à la filiation peut être intentée soit par l'enfant ou ses héritiers, soit contre lui.

Dans le premier cas, elle prend le nom de *réclamation d'état;*

Dans le deuxième, elle est désignée sous le nom générique de *contestation d'état*.

Ce titre est divisé en trois chapitres :

Le premier traite de la filiation des enfants légitimes;

Le deuxième, des diverses manières d'en établir la preuve;

Le troisième concerne les enfants naturels.

(1) On nomme *question d'état* toute difficulté relative à la position d'un individu dans la société en qualité de père, mère, enfant ou époux; toute question, en un mot, relative à l'état civil d'une personne.

(2) Cass., 12 décembre 1827; Pau, 9 mai 1829; Cass., 19 mai 1830, Pal. Dev.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES (1).

Sous cette rubrique, la loi donne la qualification d'*enfant légitime* à l'enfant qui a été conçu, et, par extension, à celui qui est né pendant le mariage (314).

Puisque la légitimité a pour source unique le mariage, il est clair que celui qui prétend à la qualité d'enfant légitime doit, au préalable, prouver la célébration. (*Voy.* art. 194-200.)

Cette preuve faite, c'est aux personnes qui contestent la légitimité, en d'autres termes, qui opposent que le mariage est nul, à établir l'existence du vice sur lequel ils se fondent (181-193) : *Reus excipiendo fit actor.*

Rappelons-nous que le mariage frappé de nullité produit néanmoins ses effets légaux, tant en faveur des enfants qu'en faveur de l'époux ou des époux qui ont été de bonne foi (201 et 202).

En principe, pour connaître la filiation d'un enfant, c'est à l'époque de sa conception qu'il faut se reporter; car l'enfant vit dans le sein de sa mère : mais comment reconnaître l'époque de la conception? Tout, à cet égard, repose sur des probabilités (*voyez* Fenet, t. 10, p. 13 et suiv.) : le législateur a dû se borner à déterminer, d'après l'avis des hommes de l'art, et en prenant pour base l'intérêt de l'enfant, les limites extrêmes de la gestation la plus courte et de la gestation la plus longue : il a fixé, pour le premier cas, 180 jours, et pour le second, 300 jours.

Ainsi, l'enfant est illégitime, s'il naît viable avant le 180e jour du mariage, ou s'il naît plus de 300 jours après celui de la dissolution.

Pareillement, pour que l'enfant né pendant le mariage soit censé provenir des œuvres du mari, il faut que la cohabitation ait été possible avant le 180e jour qui a précédé sa naissance; en d'autres termes, il faut que la conception ait eu lieu dans l'intervalle du temps antérieur à la naissance qui se trouve compris entre le terme de la gestation la plus longue et celui de la gestation la plus courte (120 jours); on ne peut la placer hors de ces limites.

Observons ici que la loi ne compte point par heure, *de momento ad momentum;* mais par jour, *de die ad diem* (312, 314, 315, 2147, 2160, 2161); que le jour légal est de 24 heures, de minuit à minuit (2); que ce jour appartient en entier à l'enfant.

Ici vient se placer une question qu'il faut examiner dans cet exposé préliminaire, car elle touche à des généralités : le jour *à quo*, c'est-à-

(1) Rubrique inexacte; il fallait dire : des enfants conçus ou nés pendant le mariage.

(2) Merlin, Rép., vo Date, no 2; vo Jour, no 1; Demolombe, no 27, t. 1er; no 18, t. 5; Dur., no 44, t. 2; Valette sur Proudhon, t. 2, no 26.

dire, le jour soit de la célébration, soit de la dissolution, soit enfin celui où a commencé l'impossibilité physique de cohabitation; le jour, en un mot, auquel il faut remonter pour faire le calcul du temps de la gestation, est-il compris dans le terme?—Que doit-on décider à l'égard du jour *ad quem*, c'est-à-dire, dans la matière qui nous occupe, du jour de la naissance?

Premier système : Lorsque l'enfant est né pendant le mariage, le jour de la célébration, ou celui auquel remonte l'impossibilité physique de cohabitation, et le jour de la naissance (*dies à quo* et *dies ad quem*), sont compris dans les 180 jours. — S'il est né après la dissolution du mariage; en d'autres termes, lorsqu'il s'agit de calculer le *maximum* de la gestation (300 jours), le jour de la dissolution (*dies à quo*) est exclu du terme; par conséquent, dans l'une et l'autre hypothèse, on se décide par l'intérêt de la légitimité. — Cette opinion s'appuie sur les termes de l'article 314 : *L'enfant né avant le* 180e *jour du mariage*, porte cet article, *peut être désavoué*. De là deux propositions : 1° l'enfant né le 180e jour ne peut être désavoué, puisque la présomption d'illégitimité ne frappe que l'enfant né *avant* ce jour; — 2° le jour de la célébration est compris dans la supputation du nombre de jours; car le mariage date du jour où il est contracté, il ne date pas du lendemain. — Il faut observer, d'ailleurs, que la conception a été possible le jour même de la célébration. — Les considérations qui ont fait comprendre le *dies à quo* dans le terme, lorsqu'il s'agit de calculer la durée la plus courte de la gestation, expliquent pourquoi on l'exclut, pourquoi on rentre dans la règle *dies à quo non computatur in termino* (règle fondamentale en matière de prescription), lorsqu'il s'agit de calculer le *maximum* de la gestation (300 jours) : la conception a encore été possible le jour de la dissolution; par conséquent, ce jour doit appartenir à l'enfant. — Ajoutons que l'article 315 porte 300 jours *après* la dissolution (1).

Deuxième système : Le jour de la célébration ou le jour de la dissolution (*dies à quo*), et le jour de la naissance (*dies ad quem*), sont compris soit dans le *minimum* (180 jours), soit dans le *maximum* (300 jours) (2).

Troisième système : Le jour *à quo* est exclu soit du *minimum*, soit du *maximum*. — Voyons les textes : l'article 315 porte, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer : « La légitimité de l'enfant né 300 jours *après* la dissolution du mariage peut être contestée. » — L'article 312 est ainsi conçu : « Depuis le 300e jour jusqu'au 180e *avant* la naissance de l'enfant. » Donc, le jour *à quo* n'est compté ni dans l'un ni dans l'autre cas. — Ces mêmes textes paraissent démontrer, au contraire, que le dernier jour du terme (le jour de la naissance, *dies ad quem*) doit être compté (3) : qu'on se place, en effet, dans le cas de l'article

(1) Dur., nos 32 et 44, t. 3.

(2) Delv., p. 83, no 3; Proudhon, t. 2, p. 57; Toullier, no 792, t. 2.

(3) Zach., t. 5, p. 622, 623, 631, 632, 636 et 637; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 26-29; Du-

312 ou dans ceux des articles 314 et 315, la grossesse a une même durée; il n'y a qu'un seul terme, appliqué à des espèces différentes.—Ce système est généralement admis aujourd'hui.

Au résumé, nous pensons que l'enfant né viable le 180e jour depuis et non compris celui de la célébration (179 jours pleins) est réputé avoir été conçu pendant le mariage.

Que s'il naît avant ce terme, par exemple, le 179e jour, toujours non compris le *dies à quo*, il est censé conçu avant le mariage.—Nous verrons, toutefois (art. 314), qu'il se trouve en possession de la qualité d'enfant légitime.

Appliquez cette décision au cas d'impossibilité physique de cohabitation survenue pendant le mariage.

Que s'il naît le 300e jour *après* celui de la dissolution (299 jours pleins), il est légitime; que s'il naît le 301e, il est naturel.

Ce premier point résolu, envisageons l'ensemble du chapitre.

Tout enfant né pendant le mariage est réputé avoir pour père le mari de la mère : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Celui qui prétend repousser les effets de cette présomption légale doit désavouer l'enfant.

On nomme *action en désaveu* (c'est-à-dire, en dénégation de paternité), celle qui a pour but de dépouiller un enfant de sa qualité de fils ou de fille légitime; de le priver, par suite, de tous les avantages attachés à la légitimité, et de le rejeter dans la classe des enfants adultérins.

Il ne faut pas confondre le désaveu avec la contestation de légitimité : le désaveu est l'espèce, la contestation est le genre.

Le désaveu suppose que l'enfant est sous la protection de la règle *Pater is est.* — La contestation embrasse tous les cas où il a été conçu hors mariage : le contestant ne prétend pas que l'enfant est adultérin, mais seulement qu'il ne peut réclamer le bénéfice de la légitimité, par une cause quelconque : soit parce qu'il n'est pas identiquement celui dont la mère est accouchée, soit parce que le mariage était dissous à l'époque où il est légalement réputé avoir été conçu.

Quand il s'agit du désaveu, l'existence du mariage n'est pas en question : le litige porte uniquement sur le point de savoir si le mari de la mère est le père de l'enfant; la légitimité ou l'illégitimité n'est qu'une conséquence de la solution affirmative ou négative de la question. — Dans le cas de contestation, c'est le fait de la conception pendant le mariage qui est l'objet du procès.

Le désaveu s'exerce toujours par voie d'action. — La contestation n'est d'ordinaire qu'une fin de non-recevoir, qu'une simple défense aux prétentions de celui qui invoque les effets de la légitimité.

L'action en désaveu n'appartient qu'au mari; ou à ses héritiers, dans les cas prévus par l'article 317 : la mère elle-même ne peut désavouer; elle est seulement admise à nier l'accouchement ou l'identité. — La faculté de contester appartient sans distinction à tous ceux qui

vergier sur Toullier, t. 2, n° 792; Demolombe, n° 19; Demante, Prog., n° 295; — Grenoble, 21 décembre 1830, Dev., 1832, 2, 607, Pal.

ont intérêt à établir l'illégitimité de l'enfant. Il n'est pas même nécessaire que l'intérêt soit pécuniaire; un intérêt moral est suffisant : il peut importer, en effet, d'empêcher un individu de prendre un nom et des titres qui sont l'apanage exclusif d'une famille (1).—L'enfant lui-même pourrait contester la qualité qu'on prétendrait lui attribuer; car, en certaines circonstances, la qualité d'enfant naturel est préférable à celle d'enfant légitime. Nous supposons, bien entendu, que la conception est, soit antérieure au mariage, soit postérieure à sa dissolution. évidemment, on n'admettrait pas l'enfant conçu pendant le mariage à répudier la légitimité; car cette action tendrait à le faire considérer comme adultérin (335 et 342).

L'action en désaveu doit être exercée dans un délai fatal (317-318); — la loi ne prescrit pas de délai pour contester la légitimité : le droit d'opposer une exception doit durer autant que l'action; or, l'action en réclamation d'état est imprescriptible (2). — Mais ne confondons pas la question d'état avec les intérêts pécuniaires qui en sont une conséquence : si l'enfant s'était mis de fait en possession des droits et avantages attachés à la légitimité (3), on pourrait, sans nul doute, se prévaloir, contre les réclamants, des effets de la prescription acquise.

Du reste, l'action en réclamation et l'action en contestation d'état sont régies, à beaucoup d'égards, par les mêmes règles :

Ainsi, l'une et l'autre sont également irrecevables, lorsque l'état de l'enfant se trouve établi au moyen d'un acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil et d'une possession conforme à ce titre. (Arg. des art. 319 et 320.) (4). — Elles sont soumises aux mêmes règles de compétence (326 et 327). — Enfin, les jugements intervenus n'ont l'autorité de la chose jugée, qu'au regard des personnes qui ont été parties ou dûment représentées dans l'instance.

L'enfant est considéré comme adultérin, lorsqu'il succombe dans une action en désaveu : le mari peut alors s'armer du jugement passé en force de chose jugée, et intenter contre sa femme une action en séparation de corps pour cause d'adultère.—Quant à l'action en contestation de légitimité, elle ne peut avoir pour effet que de le faire déclarer étranger à la famille de celui dont il se prétend issu, et de le rejeter, par rapport à la mère, dans la catégorie des enfants naturels simples.

Ces préliminaires posés, nous aurons à examiner les trois hypothèses suivantes :

1° L'enfant a été conçu et il est né pendant le mariage;

2° Il est né pendant le mariage, mais il a été conçu auparavant;

(1) Merlin, Rép., v° Question d'état, § 3, art. 2, n° 6; Zach., p. 664; — Cass., 26 février 1825, 3 avril 1826, Dev. Pal.; 18 mars 1834, Dev. 1835, 1, 306, Pal.; —Bruxelles, 25 novembre 1829, Dev. Pal.

(2) Toullier, n° 908, t. 2; Zach., t. 3, p. 664; Delv., p. 86, n° 7; Proudhon, t. 2, p. 125 et 126; Dur., n° 147, t. 3; Demolombe, n°s 528 et suiv.

(3) Toullier, n° 834, t. 2; Dur., n° 91, t. 3; Dissert. de Sirey, 1822, 2, 321; Zach., p. 651 et 652.

(4) Bordeaux, 12 février 1838, Dev., 1838, 2, 406.

3° Il est né depuis le mariage, mais il a été conçu avant sa dissolution.

De l'enfant conçu et né pendant le mariage.

312 — L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme.

= La nature a couvert d'un voile impénétrable la transmission de notre existence; cependant, il importait à la société que la paternité ne restât pas toujours incertaine, et que le sort des enfants fût fixé d'une manière invariable : à défaut de données précises, il a fallu recourir à des présomptions :

« Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu (le mariage) à un fait inconnu (la paternité) (1349). »

Le mariage opère donc une présomption légale de paternité; de là ce principe fondamental : l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

Telle est la force de cette présomption, qu'elle ne pourrait être détruite ni par des énonciations étrangères faites dans l'acte de naissance, c'est-à-dire, par l'indication d'un père autre que le mari de la mère (1), ni par la déclaration de la mère (2).

Toutefois, il faut supposer qu'il y a eu cohabitation, et que la mère a fidèlement gardé la foi jurée : — de ces deux circonstances, la première est essentielle; mais nous verrons que l'inconduite de la mère, même légalement prouvée, ne suffit pas pour détruire l'effet de la règle, lorsqu'il y a eu cohabitation; car, nonobstant l'adultère, le mari peut être père de l'enfant. (*Voy.* art. 314.)

Puisque la légitimité repose sur la présomption de cohabitation, il est clair que le mari doit être admis à repousser l'enfant, lorsqu'à l'époque où se place légalement la conception, tous rapports entre lui et sa femme étaient physiquement impossibles.

L'impossibilité physique, en ce qui concerne la matière qui nous occupe, ne peut résulter que de deux causes :

1° *De l'éloignement.* — Pour motiver le désaveu, on exige qu'il ait été continuel et certain.

La loi ne fixe pas la distance qui doit avoir séparé les deux époux; mais il faut que tout rapprochement, même momentané, ait été physiquement impossible entre eux (3): l'emprisonnement ne suffirait pas,

(1) Besançon, 4 août 1808, Pal.

(2) Paris, 6 janvier 1834, Pal.

(3) Cass., 2 juin 1840, D., 1840, 1, 249; 25 janvier 1831, Dev., 1831, 1, 81; — Paris, 9 août 1813, S., 1813, 2, 510; 2 janvier 1815, S., 1816, 2, 206; Rouen, 5 mars 1828, S., 1828, 2, 145

car il serait possible que les gardiens se fussent laissé corrompre (1). Au surplus, les tribunaux sont appréciateurs des circonstances ; dans le doute, ils doivent prononcer en faveur de l'enfant (2) : *in dubio prævaleat ergò favor partûs.*

2° De l'impuissance causée par quelque accident postérieur au mariage, telle qu'une mutilation ou une blessure : il faut que l'acte de génération n'ait pu s'accomplir ; que, dans l'intervalle présumé de la conception à celui de la naissance, on ne puisse supposer un seul instant où le mari aurait pu devenir père de l'enfant : c'est là une question de fait. — Mais il est certain qu'une maladie, quelque grave et prolongée qu'elle soit, ne suffirait pas (3).

La loi prend soin de déterminer les deux époques entre lesquelles a dû exister l'impossibilité physique, pour faire cesser la présomption légale de paternité. Rien de plus simple que ce calcul : on remonte dans le passé jusqu'au 300e jour, puis on redescend jusqu'au 180e inclusivement ; ce qui fait 121 jours ou 179 jours pleins, plus 2 fractions : l'une prise au point de départ (la fraction de jour qui suit le retour du mari) ; l'autre au point d'arrivée (celle qui précède la naissance.) — Rappelons-nous, en effet, que le *minimum* du temps légal de la grossesse est de 180 jours, non compris le jour *à quo*, le jour où la cohabitation a été possible ; mais en y comprenant le jour *ad quem*, le jour de la naissance. Le mari doit donc établir qu'il n'a pu, dans cet intervalle, cohabiter avec sa femme.

Ce système nous paraît en tous points conforme à ces termes de l'article 312, relatifs à la supputation des délais : *jusqu'au* 180e *jour avant la naissance ;* il n'est nullement contraire à la disposition de l'art. 314. (*V. suprà*, p. 63.)

Si le mariage a été dissous à une époque où le mari se trouvait dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, on doit, pour compléter les 300 jours, durée la plus longue de la grossesse (315), joindre au temps qui s'est écoulé depuis cette impossibilité le temps postérieur à la dissolution du mariage : réciproquement, si le mari, incapable d'engendrer au moment de la célébration, est devenu capable depuis, on doit comprendre dans les 300 jours le temps antérieur et le temps postérieur à la cessation de cette impossibilité.

— L'impuissance accidentelle antérieure au mariage est-elle une cause de désaveu? — L'article 312 ne prévoit que le cas d'un accident postérieur à la célébration : mais les mêmes raisons de décider se présentent ; car des signes extérieurs, faciles à reconnaître, rendent évident l'état du mari. D'ailleurs, la loi

Dev. Pal. ; Grenoble, 21 décembre 1830, Dev., 1832, 2, 607 ; Cass., 24 juillet 1844, Dev., 1844, 1, 626.

(1) Dur., n° 41, t. 3 : — Toulouse, 20 juillet 1808, Dev. Pal.

(2) Dur., nos 40 et 41, t. 3 ; Toullier, nos 808 et 809 ; Malleville sur l'art. 312 ; Locré, Merlin, v° Légitimité, sect. 2, § 2, n° 2 ; — Paris, 9 avril 1813, 19 juin 1826, Dev. Pal. ; 18 février 1843, Pal., 1843, 1, 532 ; Lyon, 7 février 1839, Pal., 1839, 1, 525.

(3) Proudhon, t. 2, p. 25 ; Dur., t. 3, n° 42 ; Zach., p. 636 ; Locré, Législ. civ., t. 6, p. 36, 37 et 149 ; *Contrà* Duveyrier, exposé des motifs.

ne repousse l'action en désaveu fondé sur l'impuissance, que lorsqu'elle provient d'un vice de nature (art. 313) (1).

Le mari peut-il désavouer l'enfant qui n'est pas né viable? La loi, disent quelques auteurs, n'élève de fin de non-recevoir pour cause de non-viabilité que pour le cas où l'enfant est né avant le 180e jour (art. 314).— Le mari est toujours intéressé à désavouer, afin de se ménager l'action en séparation de corps (2). Mais l'opinion contraire nous paraît mieux fondée : contre qui le mari dirigerait-il son action? où serait pour lui l'intérêt, puisque l'enfant non viable n'a pas d'existence légale? — La non-viabilité, d'ailleurs, doit faire présumer que cet enfant n'est pas venu à terme; par conséquent, le fait de sa naissance ne peut être invoqué comme une preuve irréfragable de l'adultère, comme une cause de séparation de corps.—Au surplus, le mari qui veut intenter cette dernière action a d'autres moyens : la faculté de prouver l'impossibilité physique de cohabitation ne lui est pas interdite (3).

313 — Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant : il ne pourra le désavouer même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père.

« *En cas de séparation de corps, prononcée ou même de-*
» *mandée, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né*
» 300 *jours après l'ordonnance du président, rendue aux*
» *termes de l'article* 878 *Pr., et moins de* 180 *jours depuis le*
» *rejet définitif de la demande, ou depuis la réconciliation. —*
» *L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de*
» *fait entre les époux.* » (Loi du 6-15 décembre 1850) (4).

= Nous avons vu, article 312, que l'impossibilité physique de cohabitation est une cause de désaveu : la loi établit dans notre article une modification à cette règle ; elle refuse au mari le droit de désavouer, lorsqu'il fonde uniquement son action sur l'impuissance naturelle.

Les lois romaines admettaient le désaveu pour cette cause; mais la difficulté de reconnaître d'une manière certaine l'impuissance naturelle, jointe au scandale qu'entraînaient toujours ces sortes de débats, ont fait rejeter de nos lois ce principe. D'ailleurs, celui qui a osé se marier, connaissant son impuissance, doit s'imputer de s'être placé sous l'empire de la présomption légale de paternité.

Le mari ne peut désavouer l'enfant pour cause d'adultère, même con-

(1) Delv., p. 88, n° 10; Demolombe, n° 36; Zach., p. 636.

(2) Toullier, n° 822, t. 2; Delv., p. 84, n° 5; Proudhon, t. 2, p. 33-35.

(3) Dur., n° 34, t. 3; Zach., t. 3, p. 641; Duvergier sur Toullier, t. 2, n° 822; Valette sur Proudhon.

(4) Ce paragraphe additionnel a été adopté sur la proposition de M. Demante. — La prise en considération a eu lieu le 17 juin 1850; — la première délibération, le 15 novembre; la deuxième, le 22; la troisième, le 6 décembre.

statée par jugement; car on peut néanmoins lui attribuer la paternité : *Cum possit et mater adultera esse, et impuber defunctum patrem habuisse.* — Vainement la mère affirmerait-elle que l'enfant est des œuvres d'un autre; on ne l'écouterait pas : la suppression de l'état des enfants conçus pendant le mariage ne saurait dépendre de la déclaration des père et mère.—D'ailleurs, il peut arriver qu'une pareille déclaration ait été concertée, ou qu'elle soit inspirée par une passion aveugle et violente : *Nemo creditur turpitudinem suam allegans* (1).

Cependant, lorsqu'au fait d'adultère vient se joindre la circonstance que la femme a caché au mari la naissance de l'enfant, cet aveu tacite produit un effet que la loi n'attribue pas à l'aveu exprès : assurément, ces deux faits ne suffisent pas pour justifier l'action en désaveu; mais la présomption de paternité se trouve balancée par les doutes que fait naître ce mystère : le mari peut désavouer, en ce sens qu'il est alors (2) admis à proposer les faits propres à établir une *impossibilité morale* de cohabitation, c'est-à-dire, à prouver, par voie d'inductions tirées de certains faits, qu'encore bien que la maternité soit constante, il n'est pas le père de l'enfant.

Ainsi, l'impossibilité morale résulte d'un ensemble de circonstances susceptibles d'établir que les époux ne pouvaient avoir de rapports ensemble; par exemple, à raison de la haine qu'ils avaient l'un pour l'autre, de leur séparation volontaire, d'une maladie interne dont le mari était atteint, de son âge avancé. Le juge est souverain appréciateur des faits (3).

L'adultère peut être prouvé par tous moyens légaux, même par des présomptions.—Il va de soi que l'adultère doit correspondre à l'époque de la conception : le fait qui se reporterait à un autre temps aurait seulement pour effet de rendre vraisemblable la continuation d'inconduite.

Le recel peut s'établir de la même manière : observons que le demandeur en désaveu (4) est seulement tenu de prouver le fait de recel; on présume alors qu'il a ignoré la naissance; c'est au défendeur à détruire cette présomption légale (5).

Au résumé, pour que l'impuissance naturelle puisse fonder une action en désaveu, il faut :

1° Que la femme se soit rendue coupable d'adultère;

(1) Cependant cette déclaration pourrait être invoquée comme indice d'une impossibilité morale de cohabitation. — Merlin, v° Légitimité, sect. 2, § 2. n°s 5 et 6; Zach., p. 656, n° 61; Dur., n° 48; — Paris, 2 janvier 1854, D., 54, 2, 107.

(2) Aix, 20 avril 1837, Pal., 1837, 2, 545; Rouen, 2 avril 1840, Pal., 1842, 1, 211.

(3) Delv., t. 1er, p. 208; Dur., t. 3, n°s 53 et 54, et t. 2, n° 632; Toullier, t. 2, n°s 817 et 818; — Cass., 4 avril 1837.

(4) Rouen, 2 avril 1840, Pal., 1842, 1, 211; Paris, 28 juin 1819 et 4 décembre 1820, Pal. Dev.; Bordeaux, 3 juillet 1843, Pal., 1844, 2, 168.

(5) Delvincourt, p. 207 et 208, met la preuve du non-recélement à la charge du défendeur en désaveu; mais évidemment la preuve à administrer porte sur un fait positif et non sur un fait négatif. — Dur., n° 50.

2° Qu'elle ait caché à son mari la naissance de l'enfant ;

3° Que des faits d'impossibilité morale viennent corroborer la présomption de non-paternité qui résulte de ces trois circonstances.

Observons qu'en autorisant le désaveu, dans le cas de l'article 313, la loi ne donne pas au mot *naissance* une acception littérale et restrictive ; elle emploie cette expression comme le résumé d'un fait complexe, comprenant la conception, la grossesse et l'accouchement ; le fait de l'existence de l'enfant, en un mot (1).

Voyons comment et dans quel ordre doivent être prouvés ces faits ; remarquons d'abord que les articles 312 et 313 prévoient deux positions bien distinctes : dans le cas de l'article 312, l'adultère se trouve établi par une conséquence de l'action en désaveu ; si cette action est jugée bien fondée, l'enfant ne peut devoir le jour qu'à l'inconduite de sa mère : dans le cas de l'article 313, au contraire, l'adultère ne peut être admis par conséquence ; il faut que le mari établisse directement la preuve du fait : —mais, alors, cette preuve doit-elle précéder l'action en désaveu? Les opinions sont divisées sur cette question.

Première opinion : C'est principalement sur l'adultère que l'action en désaveu est fondée : l'article 313 porte, en effet : Le mari ne peut désavouer *même pour cause d'adultère*, etc. Il faut donc un jugement *ad hoc ;* et ce jugement doit précéder l'action en désaveu. — Le recel n'est qu'une circonstance accessoire ; il peut avoir été motivé par la crainte de la brutalité du mari. — Dans le cas prévu, ce n'est qu'à l'aide des conséquences déduites des faits connus que l'on arrive à la présomption légale ; or, au premier rang de ces faits, se trouve l'adultère de la femme : décider autrement, ce serait mettre la conséquence avant le principe. — La discussion au conseil d'État nous démontre d'ailleurs que telle a été la pensée du législateur (2).

Deuxième opinion : Le recel, de même que l'adultère, doit résulter d'un jugement *ad hoc* ; ces jugements doivent précéder la décision sur le fond, car ils sont interlocutoires. — Le projet de loi, disait le tribun Duveyrier, n'admet l'exception de l'impossibilité morale fondée sur l'adultère que sous trois conditions formelles : il faut que *l'adultère* soit constant, et il ne peut l'être que par un jugement ; il faut de plus que la femme ait *caché* à son mari la naissance de l'enfant adultérin ; et ces deux conditions remplies, il faut encore que le mari présente la *preuve des faits* propres à justifier qu'un autre est le père de l'enfant (3).

Troisième opinion : Le recel de la naissance est la seule preuve à faire, la seule condition requise : la loi n'exige pas la preuve spéciale de l'adultère ; cette preuve résulte implicitement des faits qui tendent à établir la non-paternité (4).

(1) Paris, 18 février 1845, Pal., 1845, 1, 532.

(2) Toullier sur Duvergier, nos 812 et 815; Zach., t. 3 et suiv., p. 640 ; — Nîmes, 13 juillet 1827, S., 1828, 2, 159; D., 1828, 2, 106.

(3) Locré, Législ. civ., t. 6, p. 193, 240, 241 et 295; Merlin, vo Légitimité, sect. 2, § 2, no 5; Dur., nos 51 et 52.

(4) Cass., 25 janvier 1851, D., 1851, 1, 112; S., 1851, 1, 81, Pal.; 9 mai 1858, Dev., 1858, 1.

Quatrième opinion : Chacune des ces théories tient à une formule trop absolue; la doctrine et la jurisprudence reconnaissent que l'adultère de la femme doit être prouvé; mais quelles sont les règles à suivre? voilà ce qu'il faut rechercher.

La loi n'a pu vouloir imposer au mari l'obligation de prouver au préalable l'adultère; autrement, elle eût rendu impossible le désaveu fondé sur l'impuissance naturelle; elle se serait mise en contradiction avec elle-même : en effet, le désaveu, aux termes de l'art. 318, doit être intenté dans le mois de la naissance de l'enfant, si le mari se trouve sur les lieux; et dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il était absent : or, il est certain que le mari ne pourrait, dans ce court délai, établir à la fois, d'une manière juridique, la preuve du recel et celle de l'adultère (316); bien plus, les héritiers du mari se trouveraient privés de l'action en désaveu, puisqu'ils ne peuvent dénoncer directement l'adultère de la femme.—Il est évident que la pensée du législateur a été d'autoriser le mari à désavouer dans le délai prescrit par l'article 316, à charge par lui d'établir ensuite, mais *spécialement*, *positivement* et non par voie de conséquence, le recel et l'adultère : on conçoit que la loi ait dû exiger, pour admettre à la preuve, lorsqu'il n'existe que des causes d'impossibilité morale, un concours de circonstances parfaitement établies, susceptibles de faire naître le doute. — Il faut donc se garder de confondre les hypothèses prévues par les articles 312 et 313.

Nous le répétons, par ces mots : *pour cause d'adultère*, la loi ne se propose pas d'établir un ordre successif, la forme à suivre; mais de faire entendre que l'adultère, d'abord simplement allégué, doit être ensuite spécialement prouvé : les orateurs au corps législatif, dont on invoque l'opinion dans le premier et dans le deuxième système, n'ont pas eu d'autre pensée. Les magistrats ont trois faits à rechercher : la femme a-t-elle commis un adultère? a-t-elle caché la naissance de son enfant? peut-on attribuer au mari la paternité? Si la preuve directe de l'adultère n'est pas établie, ils se détermineront par des présomptions ou indices. — D'ailleurs, presque toujours l'adultère, le recel et l'impossibilité morale seront prouvés simultanément; un seul et même jugement suffira. Aussi est-il admis que le mari peut se dispenser d'articuler, avant de former l'action en désaveu, les faits qui tendent à établir la non-paternité (1); la loi ne l'oblige pas même à indiquer le complice.

Au résumé, nous admettons, avec la jurisprudence, que le mari n'est pas tenu de prouver le fait d'adultère avant d'introduire l'instance en désaveu; que le vœu de la loi est rempli, lorsque ce fait se trouve

854; Pal., 1838, 2, 360; 8 juillet 1812, S., 1812, 1, 377; D., p. 552, t. 8; et autres arrêts; — Paris, 29 juillet 1826, S., 1827, 2, 185; Bordeaux, 5 juillet 1843, Dev., 1844, 2, 185; Pal., 1844, 2, 168; Rouen, 5 mars 1828, S., 1828, 2, 145; D., 1828, 2, 166; Metz, 28 décembre 1825, S., 1827, 2, 186; D., 1827, 2, 92, Pal.

(1) Cass., 8 juillet 1812, Pal. Dev.

constaté dans le jugement qui intervient sur le désaveu : mais nous pensons, néanmoins, qu'il doit être spécialement prouvé, ne serait-ce qu'indirectement, par exemple, par la preuve des liaisons intimes que la femme aurait entretenues avec un étranger (1).

Il nous reste à dire quelques mots sur la disposition additionnelle décrétée par l'assemblée nationale les 6-15 décembre 1850.

La grande règle, en matière de désaveu de paternité, c'est que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari (312 C. civ.). Cette règle s'explique et se justifie dans l'état normal du mariage; mais lorsque la séparation a été prononcée, les choses sont bien changées : sans doute, le lien n'est pas rompu; mais il y aurait souveraine injustice à faire peser de tout son poids sur le mari, privé de tout moyen de surveillance, la présomption de paternité, telle qu'elle existe de droit commun. On l'avait senti dès l'origine; le projet de la section de législation contenait même un article en ce sens : mais l'examen de la question fut ajourné jusqu'à la discussion ultérieure du chapitre de la séparation, et il n'a pas été repris.—Dans le silence de la loi, le mari demeure donc soumis, nonobstant le fait de séparation, à l'empire de la règle *Pater is est* (312 et 313). Ce déplorable état de choses a excité, à plusieurs époques, la sollicitude du législateur : en 1817 et en 1834, notamment, des propositions furent faites aux chambres pour y remédier; mais, par une déplorable fatalité, ces propositions, bien qu'accueillies avec faveur, n'eurent pas de suite. Tels ont été les précédents législatifs de la disposition qui nous occupe.

Pénétrons-nous bien de son esprit; elle n'a pas pour objet de faire cesser de plein droit, par l'effet de la séparation de corps, la présomption de paternité, suite du mariage, ni même d'attribuer au simple désaveu du mari un effet péremptoire : le mariage subsistant, le commerce des époux est licite; tout autre commerce constituerait un adultère; donc la loi, qui ne peut supposer le mal, doit, s'il naît un enfant, présumer la paternité du mari;.... toutefois, tandis que, dans l'état normal du mariage, la force de la présomption est telle qu'elle n'admet point de preuve contraire, il convient ici, parce que le commerce des époux est seulement probable, d'autoriser à faire cette preuve par tous les moyens possibles. (Rapport de M. Demante.)—En un mot, le fait de séparation de corps autorise la preuve résultant de l'impossibilité morale, preuve qui n'était admise par l'article 313 qu'en cas d'impuissance naturelle du mari, jointe à l'adultère de la femme et au recel de l'enfant.

Précisons maintenant le point de départ du droit exceptionnel conféré au mari : l'effet du jugement remonte à l'ordonnance qui autorise la femme à se retirer hors de la maison conjugale; ce qui est rationnel,

(1) Proudhon et Valette, t. 2, p. 50 et 55; Demolombe, nos 42 et suiv.; Merlin, vo Légitimité, sect. 2, § 2, nos 5, Quest., § 2; — Metz, 29 décembre 1825. Dev. Pal.; Cass., 9 mai 1858. Dev., 1858, 1, 854; 4 avril 1857. Pal., 1857, 1, 542.

car les motifs tirés de la cessation de la vie commune deviennent applicables avant même que la séparation soit prononcée.

Mais cet effet de la séparation provisoire est-il surbordonné au succès de la demande en séparation de corps? Il a paru que l'état de séparation provisoire, basé sur une ordonnance du président, devait avoir assez de force pour autoriser, en faveur du désaveu, les inductions qui se tireraient du jugement même de séparation de corps. Sans doute, ces inductions cesseraient, si l'instance venait à être abandonnée, ou si la demande était rejetée; mais ce serait seulement pour l'avenir et à l'égard des enfants conçus depuis la réconciliation ou depuis le rejet définitif de la demande.

Au résumé, l'économie de la loi se réduit aux trois points suivants :

1° En cas de séparation de corps, le mari est admis à désavouer, en se bornant à invoquer des faits d'impossibilité morale de cohabitation.

2° L'effet qui, dans la pensée première, n'était attribué à l'ordonnance du président que sous la condition du jugement à intervenir, s'applique purement et simplement au cas d'instance en séparation de corps.

3° Le désaveu dont il s'agit ne s'applique à l'enfant né 300 jours après l'ordonnance, qu'autant qu'il est né moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande, ou depuis la réconciliation.

En résultat, il ne s'agit ici que de l'addition d'un cas nouveau de désaveu; cette addition n'entraîne aucune règle particulière sur la matière.

— Les héritiers pourraient-ils désavouer l'enfant né moins de 300 jours après la dissolution du mariage, en prouvant que, dès avant cette disposition, leur auteur était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme? — L'affirmative est conforme à l'esprit et à la lettre des art. 312 à 315 (1).

De l'enfant né pendant le mariage, mais conçu auparavant.

314 — L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari, dans les cas suivants : — 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; — 2° s'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer; — 3° si l'enfant n'est pas déclaré viable.

= L'enfant né le 180e jour du mariage depuis et non compris celui de la célébration est légitime; que ce soit au commencement ou à la fin, peu importe : on ne compte pas les délais *de momento ad momentum*,

(1) Dur., nos 45, t. 3; Zach., t. 3, p. 657; Demolombe, no 58; — Cass., 25 novembre 1842, Dev., 1843, 1, 6. *V.* cep. Bruxelles, 15 juillet 1822; D., vo Filiation, t. 8, p. 544.

mais *de die ad diem*; le 180e jour lui appartient en entier. (Arg. des articles 314 et 315).—S'il naît viable avant le 180e jour, par exemple, le 179e, on doit dès lors le réputer conçu avant le mariage : ce n'est là qu'une application du principe que nous avons exposé plus haut.

Toutefois, le législateur a pensé qu'il serait dangereux de faire cesser de plein droit, dans le cas de naissance précoce, la présomption légale de légitimité; car il peut arriver que le mariage ait été précédé entre les deux époux d'une fréquentation intime, et qu'ils ne se soient unis que pour réparer leur faute : la loi déclare que l'enfant se trouvera, par le seul fait de sa naissance, quand même l'acte qui la constate contiendrait des énonciations contraires, en possession provisoire de la légitimité; sauf au mari à le désavouer. (Arg. de ces mots de l'article 314 : *pourra désavouer.*)

Mais doit-on le réputer légitime? n'est-il, au contraire, que légitimé? Il importe de préciser ce point; car l'une et l'autre solutions conduisent à des résultats bien différents : nous aurons plus loin occasion de les déterminer. (*V.* art. 331 et suiv.) — L'enfant est légitimé, disent la plupart des auteurs; cette espèce de légitimation ne diffère de la légitimation ordinaire que par la forme : elle est *tacite;* tandis que celle-ci ne peut résulter que d'une reconnaissance formelle. (Comp. 316 et 331.) Du reste, les effets sont identiques : ainsi, la légitimation ne peut avoir lieu au profit des enfants issus d'un commerce incestueux, lors même que les père et mère se seraient ensuite mariés avec dispenses; ni au profit de ceux dont la conception remonte légalement à une époque où le père se trouvait engagé dans les liens d'un autre mariage, car ils seraient alors adultérins (1).

D'autres décident que, par une espèce de fiction légale, l'enfant est réputé légitime; ils invoquent l'intitulé de ce chapitre, ainsi conçu : *De la filiation des enfants légitimes ou nés pendant le mariage;* l'article 314, qui n'admet contre l'enfant que l'action en désaveu, action exclusivement attribuée au mari et à ses héritiers (316, 317); l'art. 331, qui n'applique la légitimation qu'aux enfants nés hors du mariage; enfin, le passage suivant de l'exposé des motifs, par M. Portalis : « Le caractère de la légitimité est propre à l'enfant qui naît pendant le mariage, soit que cet enfant ait été conçu avant ou après; la loi doit d'abord lui imprimer ce caractère. C'est la naissance de l'enfant et non sa conception qui fait son titre; l'enfant conçu pendant le mariage et né après est légitime si le père ne réclame pas. » (Locré, Législ. civ., t. 6, p. 44 et 45.)—S'il était vrai, disent-ils, que l'enfant ne fût que légitimé, il faudrait admettre les tiers à prouver que le père était, pour cause d'accident ou d'éloignement, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec la mère à l'époque de la conception; car ce droit leur appartiendrait s'il s'agissait de la légitimation ordinaire (2); il faudrait

(1) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 22 et 25; Demante, Progr., t. 1er, n° 310, Dur. t. 3 p. 20 et 21; Delv., p. 204 et 205, t. 1er.

(2) Cass., 10 février 1847, Dev., 1847, 1, 81.

leur accorder la faculté de prouver que le mari a épousé une femme enceinte des œuvres d'un autre : or, le texte de l'article 314 se refuse à une semblable interprétation : l'enfant, porte cet article, *pourra être désavoué :* ces expressions sont absolues ; elles embrassent toutes les hypothèses. Le silence du mari est donc, aux yeux de la loi, une présomption irréfragable en faveur de la légitimité de l'enfant né pendant le mariage; que la conception coïncide avec l'époque où des empêchements au mariage des père et mère existaient, soit à raison de la parenté, soit à raison de ce que le père était engagé par mariage, peu importe : le texte, les motifs, les principes du droit, la morale, le bon ordre des familles repoussent toute distinction; un voile impénétrable est jeté prudemment sur tout ce qui a pu se passer avant le mariage (1).

Que déciderons-nous? Cet enfant n'est ni légitime ni légitimé : il n'est pas légitime, puisque le mariage seul produit des enfants légitimes; il n'est pas légitimé, puisqu'il se trouve en possession de l'état d'enfant légitime, sans même qu'il soit intervenu de reconnaissance, puisqu'il n'est pas né avant, mais depuis le mariage : sa situation est toute spéciale.

Ainsi l'enfant jouira du bénéfice de l'article 314, bien qu'il soit issu de rapports incestueux, si les père et mère se sont depuis mariés avec dispenses; car le mariage eût été possible à l'époque de la conception (2). — Il en sera privé, si son père se trouvait alors engagé dans les liens d'un autre mariage; en d'autres termes, s'il est issu d'un commerce adultérin (3).

Du reste, dans tous les systèmes on admet les résultats suivants :

1° L'enfant ne peut être dépouillé de son état que par une décision judiciaire rendue sur un désaveu formel (4). — En conséquence, l'action doit être dirigée contre un tuteur *ad hoc;* il ne s'agit pas ici d'une demande en ratification (5);

2° Il suffit au mari, pour faire admettre le désaveu, de démontrer que l'enfant est né avant le 180e jour du mariage : cette preuve fait complétement évanouir la présomption de paternité; l'enfant se trouve alors placé dans la position d'un enfant naturel dont la filiation paternelle est incertaine (6);

3° L'enfant n'est admis à se prévaloir du bénéfice de la légitimité qu'à partir de la célébration du mariage : il ne pourrait, par exemple, invoquer sa filiation légitime pour réclamer des droits ouverts antérieurement (7); la légitimité qui lui est conférée ne rétroagit pas au delà du

(1) Demolombe, nos 57 et suiv.

(2) Dur., no 26; Zach., p 625 et 626, t. 3.

(3) Dur., nos 24 et 25; Zach., *ibid* ; Merlin, vo Légitimation, sect. 2, § 2, no 7.

(4) Dur., no 22; — Liège, 12 fructidor an XIII.

(5) Colmar, 15 juin 1831, Pal.

(6) Zach., p. 651; Proudhon, t. 2, p. 17 et 19; Dur., t. 3, nos 20-23; Valette sur Proudhon t. 2, p. 22 et 23; Delv., p. 204 et 205; Merlin, Rép., vo Légitimité, sect. 3, § 2, nos 4 et 5; — Cass., 25 août 1806, Dev. Pal.; Liège, 12 fructidor an XIII, Pal. Dev.

(7) Merlin, Quest., vo Légitimité, § 4, et vo Success., § 15; Rép., vo Succession, sect. 1re, § 2,

mariage (333) ; car l'effet ne peut précéder la cause, surtout au préjudice des tiers.

La règle que le mari peut désavouer l'enfant né avant le 180e jour du mariage souffre exception dans trois cas :

1° Si le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage : on présume alors qu'il a voulu donner à la femme une preuve d'affection, et assurer à l'enfant le bénéfice de la légitimité. — Ce fait peut être établi soit par des présomptions, soit par témoins, sans commencement de preuve : le juge prononce eu égard aux circonstances. *Nec obstat* l'article 340, qui prohibe la recherche de la paternité : cet article ne statue que pour les enfants naturels (1).

2° S'il a *assisté* à l'acte de naissance, et s'il a approuvé cet acte, soit en le signant, soit en y faisant insérer la déclaration de ne savoir signer. — Il faut bien saisir le sens donné ici au mot *assister* : la loi n'entend point parler du seul fait de la présence du mari à la rédaction de l'acte (évidemment, cela ne pourrait suffire), mais de son concours, en qualité soit de déclarant, soit de témoin sans protestation ni réserve. (Locré, Législ. civ., t. 6, p. 46.) — Du reste, il importe peu que le mari ait été nominativement désigné comme père de l'enfant ; cette désignation est implicite lorsque la mère est indiquée (art. 312).

L'acte de naissance ne peut être opposé au mari, lorsqu'il renferme des énonciations contraires à la présomption légale de paternité ; par exemple, lorsqu'il indique pour père un autre que le mari de la mère.

Un auteur (Zach., p. 627, t. 3) donne également pour exemple le cas où l'enfant serait désigné dans l'acte comme *né de père inconnu ;* mais nous n'irons pas jusque-là : toute la question est de savoir si le père a renoncé à l'action en désaveu ; or, l'énonciation dont il s'agit ne détruit pas l'effet de la règle *Pater is est.*

Nul doute que le mari ou ses héritiers seraient non recevables à exercer l'action en désaveu, s'ils avaient expressément renoncé à cette action par un acte quelconque, authentique ou privé, même par lettres. — Ils argumenteraient vainement de l'article 334 ; cet article n'est pas applicable aux enfants légitimes : si la loi déclare le mari non recevable lorsqu'il y a eu de sa part renonciation tacite, lorsqu'on ne peut lui opposer qu'une présomption ; à plus forte raison doit-il en être ainsi, quand il a reconnu formellement sa paternité (2).

Suivant un auteur (Zach., t. 3, p. 628), la restriction qui résulte de l'article 314-2° ne s'étend pas aux héritiers : mais cette distinction nous paraît erronée ; le fait qui rend le mari lui-même non recevable doit pouvoir être opposé à ses représentants. Ce qui était vrai pour le mari doit l'être également pour ses héritiers.

art. 5, n° 1; Zach., t. 5, p. 626, — Cass., 11 mars 1811 ; Paris, 21 décembre 1812, Dev. Pal.; Riom, 3 juillet 1840, 2, 562.

(1) Locré, t. 6, p. 156 et 157; Toullier, n° 826, t. 2; Dur., nos 22 et 25, t. 3; Proudhon, t. 2, p. 19 et 20; Merlin, v° Légitimité, sect. 11, § 1er, n° 6.

(2) Locré, Législ., t. 6, p. 296 et 297; Toullier, t. 2, n° 824; Dur., n° 32; Delv. sur l'article 314; Dur., nos 25 et 37; Proudhon, t. 2, p. 12.

Le fait indiqué dans cet alinéa de l'art. 314 est-il le seul dont on puisse faire résulter de la part du mari une reconnaissance tacite de paternité? Le législateur n'a entendu s'expliquer ici que sur les faits les plus ordinaires : il est admis que l'on peut induire la renonciation tacite de toute circonstance susceptible d'établir l'aveu de paternité, et que l'article 314 n'est pas limitatif. Si le mari, par exemple, a placé l'enfant en nourrice ou assisté à l'acte de baptême, s'il est prouvé qu'il a présenté cet enfant à ses amis, ou qu'il a fréquenté sa femme avant son mariage, ces faits, s'ils ne sont considérés comme une renonciation, contribueront puissamment, du moins, à ébranler la conviction du juge (1).

3° Si l'enfant est déclaré non viable, c'est-à-dire, s'il est reconnu par des gens de l'art qu'il ne pourra supporter la vie, la non-viabilité fait présumer que l'enfant n'est pas venu à terme. D'ailleurs, l'action en désaveu serait sans intérêt, puisque l'enfant non viable n'a pas d'existence légale : elle ne pourrait avoir d'autre but que celui de porter atteinte à la réputation de la mère ; or la loi ne peut prêter son appui à la malveillance.

Mais le décès de l'enfant, survenu quelques jours, quelques heures même après l'accouchement, ne serait point un obstacle au désaveu, s'il apparaissait que cet enfant était né viable.

Il est bien entendu que la preuve des circonstances énumérées dans cet article est à la charge du défendeur à l'action en désaveu, conformément à cette règle du droit commun : *Reus excipiendo fit actor* (2).

De l'enfant né après la dissolution du mariage.

315 — La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée.

= Remarquons d'abord cette expression : *pourra être contestée :* la loi ne dit pas, *pourra être désavoué*, comme lorsqu'il s'agit de naissances arrivées pendant le mariage; l'action n'est donc pas la même : le désaveu suppose que les enfants sont nés ou conçus pendant le mariage; cette action n'appartient qu'au mari et à ses héritiers. — La contestation de légitimité suppose que la conception est postérieure à la dissolution du mariage; toute personne intéressée peut l'exercer.

Le terme extrême des naissances tardives est fixé au 300e jour depuis et non compris celui de la dissolution (ajoutons : ou de l'annulation) du mariage; l'enfant né le 301e jour est par conséquent illégitime de plein droit.

(1) Toullier, nos 826 et 828; Proudhon, Valette, p. 13; Dur., no 30; D., Filiation, p. 549, no 15; Merlin, Rép., vo Légitimité, sect. 2, § 1er, no 6; Zach., no 22.

(2) Toullier, t. 2, no 823; Dur., nos 25 et 29; Zach., p. 629; Locré, p. 61, t. 4.

Pourquoi donc ne pas proclamer cette règle d'une manière absolue? Pourquoi se borner à dire que la légitimité *pourra être contestée* si l'enfant naît après le 300e jour? Duveyrier, dans son rapport, expose ainsi la pensée du législateur : « Tout intérêt particulier ne peut être combattu que par un intérêt contraire; la loi n'est point appelée à réformer ce qu'elle ignore; si l'enfant se trouve en possession des avantages et des droits attachés à la légitimité, il continue par conséquent d'en jouir tant qu'un jugement ne l'en a pas dépouillé (1). »—Si l'enfant réclame le bénéfice de la légitimité, il suffira donc, pour repousser sa demande, de lui opposer, par voie d'exception, qu'il est né plus de 300 jours après la dissolution du mariage.—L'admission ou le rejet de la demande ne dépend pas de l'appréciation discrétionnaire du juge, comme dans le cas de désaveu : il s'agit de constater un fait; ce qui peut avoir lieu facilement, en rapprochant l'acte de naissance de l'acte de décès. L'illégitimité est une conséquence forcée de la naissance tardive.

— *Quid* si c'est par les conseils du mari que l'enfant a été inscrit comme né de père et mère inconnus? allons plus loin : si la déclaration de naissance a été faite par lui? Il paraît choquant, au premier abord, qu'un mari jaloux, abusant de son autorité, puisse, par une suppression d'état, améliorer sa position personnelle aux dépens de son enfant, et, par sa faute, se créer un droit. (Rouen, 12 février 1838, Dev., 1838, 2, 406.) Néanmoins, la tendresse paternelle est un sûr garant que le mari ne se laissera égarer en pareille matière ni par la jalousie ni par la haine; de graves présomptions s'élèveront contre la légitimité de l'enfant.—Dans tous les cas, les tribunaux auront égard aux circonstances; ils devront toujours rechercher si les faits, en prouvant que l'enfant est le fils de la femme, établissent suffisamment qu'il a pour père le mari (2).

Les articles 312, 314 et 315, qui déterminent le *minimum* et le *maximum* de la durée légale de la grossesse, sont-ils applicables, en général, dans tous les cas où il y a lieu de préciser l'époque de la conception? *Quid*, par exemple, lorsqu'il s'agit de savoir si l'enfant peut venir à une succession? Toutes les fois que le débat s'élève sur l'état de l'enfant, ces articles sont applicables; mais lorsque la question de légitimité ne s'élève qu'à l'occasion d'un autre débat engagé sur des intérêts pécuniaires, les magistrats doivent se décider d'après les circonstances, notamment eu égard à l'état et à la conformation de l'enfant; il ne s'agit plus que d'une question de fait (3). Quoi qu'il en soit, la jurisprudence admet que les présomptions résultant des articles 312, 314 et 315 sont dans tous les cas applicables (4).

Les créanciers n'ont pas l'exercice de l'action en désaveu, puisqu'elle ne fait point partie du patrimoine de leur débiteur : nul ne peut se saisir d'une ac-

(1) Proudhon et Valette, t. 2, p. 41-46; Delv., p. 202 et 203; Duvergier sur Toullier, nos 828 et 829; Dur., nos 56-59; D., Filiation, no 14, t. 2, p. 385, t. 1er; Demolombe, no 86; Zach., t. 3, p. 633; Merlin, Légitimité, sect. 2, § 3, no 54, et Favard, Paternité, no 6; Locré, Lég. civ., t. 6, p. 38, 41, 244, 286 et 258; — Aix, 6 avril 1807. Cass, 13 avril 1820, S., 1821, 1, 8; Limoges, 18 juin 1840, Dev., 1840, 2, 509; Angers, 11 avril 1821, S., 1822, 2, 177; Grenoble, 12 avril 1809; D., t. 8, p. 553; S., 1809, 2, 288; Aix, 8 janvier 1812; D., t. 8, p. 554, no 1; S., 1812, 2, 214

(2) Locré, Législ. civ., t. 6, p. 78-81; Toullier, t. 2, nos 894 et 895; Demolombe, no 146.

(3) Toullier, Duvergier, t. 4, no 95; Dur., nos 71 et 72, t. 6; Demolombe, no 100.

(4) Paris, 19 juillet 1819, S., 1819, 2, 213; Cass., 8 février 1821, S., 1821, 1, 404; Orléans, 16 mars 1832, et Cass., 28 novembre 1833; D., 1835, 1, 55, Pal

tion que, par des raisons de haute convenance et de moralité, il veut laisser ensevelie : mais est-ce à dire que le tuteur du mari interdit ne puisse, au nom de celui-ci, intenter l'action en désaveu ? ∽ Le désaveu, a-t-on dit, a pour base le mariage ; or, le mariage prend son origine dans la loi naturelle ; donc, cette action ne peut être déléguée ; elle est exclusivement attachée à la personne ; il s'agit d'une question d'honneur. — Assurément, la loi déclare que le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils (450) ; mais elle suppose que ces actes concernent les biens, qu'ils ne sont point relatifs à l'état de la personne : nul ne soutiendra, par exemple, qu'il peut reconnaître un enfant naturel, consentir une adoption, faire ou révoquer un testament ou une donation : l'action sommeillera donc pendant la durée de l'interdiction, et le délai pour l'intenter ne commencera à courir que du jour où l'action aurait pu être formée soit par le mari, soit par ses héritiers (1). ∽ Il nous paraît plus exact de distinguer les actes civils proprement dits de ces attributs qui dérivent d'une qualité toute personnelle, qui ne sont pas susceptibles de se traduire en actes civils : non, sans doute, le tuteur ne saurait ni reconnaître un enfant, ni tester pour lui, ni se substituer à l'interdit dans l'exercice de la puissance paternelle ou maritale ; mais toutes les fois qu'une faculté ou un droit peut donner lieu à une action en justice, la règle générale doit reprendre son empire : or, les art. 450 et 509 déclarent que le tuteur représente le mineur et l'interdit dans tous les actes civils ; la loi n'en excepte aucun. — Les pouvoirs du tuteur ne sauraient être assimilés à ceux des créanciers ; la position n'est pas la même : ces derniers n'ont pour but que leur propre intérêt, que la conservation de leurs créances : le tuteur est l'interdit lui-même ; donc, il doit avoir l'action en désaveu.—Cette action ne dérive pas seulement du droit naturel, comme on l'a dit, mais principalement du droit civil : si le tuteur peut exercer, au nom de l'interdit, beaucoup de droits intransmissibles, tel que celui de demander la séparation de corps ou des aliments, à plus forte raison doit-il pouvoir désavouer, puisque le désaveu a pour conséquence le règlement d'intérêts pécuniaires.— De même que le tuteur serait admis à exercer, au nom de l'enfant, l'action en réclamation d'état, de même il doit avoir qualité pour désavouer. —Ajoutons qu'il serait fâcheux pour le mari et pour l'enfant lui-même, de laisser sommeiller l'action en désaveu : pour le mari, parce que cette action n'aurait plus aucune chance de succès après un certain temps ; parce que ce serait assurer l'impunité de la femme : pour l'enfant, parce qu'il importe de ne pas le laisser indéfiniment dans un état incertain. — Au résumé, nous admettons que la chose jugée avec le tuteur sera irrévocablement jugée pour l'interdit (2).

A qui appartient l'action en désaveu?—De la contestation de légitimité.

Du vivant du mari, nul autre que lui ne peut désavouer; car il s'agit principalement d'une question d'honneur et de conscience ; la question d'intérêt n'est que secondaire (Arg. des art. 309 et 317 combinés). L'action est personnelle au père ; il suit de là :

(1) Zach., t. 3, p. 645; Revue de droit français et étranger, 1844, p. 725; Dur., t. 3, n° 68; Malleville sur l'article 316; Proudhon, t. 2, p. 33; — Colmar, 21 janvier 1841, Dev., 1841, 2, 627; Toulouse, 14 juillet 1827 et 29 décembre 1828, S., 28, 2, 202; 29, 2, 157; Dev. Pal.

(2) Demolombe, n° 118; Merlin, Quest., v° Légitimité, § 8; Revue de droit français et étranger; — Cass., 24 juillet 1844, Dev., 1844, 1, 926; Pal., 1844, 1, 365.

1° Que les créanciers soit du mari, soit de l'enfant, ne peuvent intervenir dans l'instance pour veiller à leurs intérêts; droit qui leur appartient quand il s'agit d'une action ordinaire (1166 et 1167). La qualité de la personne, sa filiation, est l'objet unique du procès (1);

2° Que si le mari renonce à l'action, ou succombe dans l'instance qu'il a introduite, la renonciation ou le jugement produit son effet envers et contre tous, non-seulement vis-à-vis des parents paternels, mais encore à l'égard de ceux de la ligne maternelle (2);

3° Que le désaveu n'est point une action de famille accordée à tous ceux qui peuvent avoir intérêt à la proposer. Si le moindre doute s'élevait à cet égard, il suffirait, pour le détruire, de se reporter aux travaux préparatoires : l'article 9, titre 7 du projet, portait : « Si le mari » est décédé sans avoir fait le désaveu, mais ayant encore la faculté de » le faire, la légitimité de l'enfant peut être contestée par tous ceux qui » y ont intérêt. » — Cette rédaction fut changée, pour limiter au mari et aux seuls héritiers du mari, l'exercice de l'action qu'il n'a pas intentée lui-même.

Il a même été jugé que l'action ne peut être exercée par les héritiers présomptifs de l'absent envoyés en possession provisoire, bien que l'enfant soit né depuis l'absence du mari (3).

Nous verrons plus loin quelles sont les personnes qui se trouvent ici comprises sous la qualification d'*héritiers :* déterminons d'abord le caractère du droit qui leur est conféré.

L'action en désaveu n'est pas exclusivement restreinte à la personne du mari comme l'action en réparation d'injure pure et simple, bien qu'elle dérive d'un fait injurieux; elle est réelle, en ce sens que des droits sur les biens s'y rattachent : par conséquent, elle affecte son patrimoine, et passe dès lors à ses héritiers, lorsqu'il n'y a pas renoncé, soit expressément, soit tacitement, par exemple en laissant expirer le délai qui lui était accordé pour agir (316). — Ainsi, après la mort du mari, l'état civil, considéré d'une manière abstraite, ne peut plus être l'objet du litige; seulement, la loi réserve à ceux qui pourront se trouver lésés par le concours de l'enfant, par exemple s'il se présente au partage de l'hérédité, le droit de désavouer, seul moyen légal de défendre leurs intérêts.—Mais alors, nous le répétons, il ne s'agit plus de repousser l'enfant de la famille, de lui enlever le nom du mari de la mère; l'action a pour but unique de le priver des avantages attachés à la légitimité (4).

Ce premier point résolu, voyons quelle est ici la signification du mot *héritiers :*

(1) Demolombe, n° 138; Dur., n° 160; — Cass., 6 juillet 1856, Dev., 1856, 1, 655.

(2) Merlin, Rép., Quest. d'état, § 5, art. 1er, n° 5; Proudhon, Valette, p. 56 et 57; Dur., nos 99 et 100; Demolombe, n° 175.

(3) Toulouse, 30 décembre 1828 et 14 juillet 1827, Dev. Pal.

(4) Toullier, t. 2, n° 575; Proudhon, Valette, t. 2, nos 54-57; Zach., p. 644. *Voy.* cep. Delv., t. 1er, p. 209.

Cette dénomination comprend non-seulement les héritiers légitimes proprement dits, mais encore toutes les personnes qui viennent à un titre quelconque recueillir une partie de la masse héréditaire (723, 813, 1003, 1010, 1012, 1082 C. civ.) (1), tels que les donataires, les légataires universels ou à titre universel (2), les successeurs irréguliers et le curateur à la succession vacante. (Valette sur Proudhon, p. 66.)

Delvincourt, t. 1, p. 84, n° 13, n'exclut pas même les légataires particuliers : ces légataires, dit-il, peuvent avoir intérêt à désavouer, par exemple, pour empêcher la réduction de leur legs (art. 913 et 920), si le montant des libéralités doit excéder la portion disponible. Au premier abord, cette dernière conséquence semble rigoureusement conforme à la règle que nous venons d'exposer (Locré sur l'art. 313); mais il est facile de reconnaître qu'elle est le résultat d'une confusion entre l'action en désaveu et l'action en contestation de légitimité : sans doute, les légataires particuliers peuvent avoir intérêt à désavouer ; mais, observe avec raison Demolombe (n° 130), l'intérêt ne suffit pas pour agir ; il faut de plus avoir qualité : or, comme les actions sont comprises dans la masse, ceux-là seuls ont qualité, qui succèdent, sinon à l'universalité, du moins à une quote-part de l'universalité des biens (816, 817, 819, 841, etc.) : or, dans aucun texte, les légataires particuliers ne sont considérés comme héritiers (3).

Du principe que l'action des héritiers n'a pour base que l'intérêt pécuniaire résultent les conséquences suivantes :

1° Pour l'exercer, il faut avoir des droits héréditaires ; par conséquent elle ne passe point aux héritiers qui ont renoncé (785) : ils ne pourraient agir que comme parents ; or il ne s'agit point ici d'une action de famille. Cependant, tous les auteurs n'admettent pas cette conséquence. (*V.* art. 317, quest.)

2° Chacun des héritiers agit individuellement et divisément pour sa part héréditaire ; ils ne se représentent pas réciproquement (724, 1220). La déchéance encourue par l'un, ou sa renonciation au droit d'agir, est sans effet contre les autres. (Dur., n° 71 ; Zach., p. 646.) Les jugements intervenus n'ont d'autorité que vis-à-vis de ceux qui y ont été parties ; les autres héritiers ne sont pas admis à s'en prévaloir, et réciproquement il ne peut leur être opposé (1351). —Vainement invoquerait-on en leur faveur, ou contre eux, le principe de l'indivisibilité de l'état : l'état civil, sans doute, est indivisible dans son essence ; mais il est divisible en ce qui touche les effets positifs qui en découlent (4). —Nous supposons, bien entendu, que la question n'a pas été jugée avec le mari ; autrement on la considérerait comme souveraine-

(1) Demolombe, n°s 125 et suiv.; Proudhon et Valette, t. 2. 51 et 52, p. 65-67; Dur., t. 3, n°s 69, 80-83; Merlin, v° Légitimite, p. 274; Toullier, t. 2, n° 835; Zach., p. 644.

(2) Toullier, n° 825, t. 2, n'accorde l'action en désaveu qu'aux légataires universels qui représentent le défunt (1003). Mais cette distinction est arbitraire.

(3) Proudhon-Valette, *ibid.*; Dur., n°s 80-83; Zach., t. 3, p. 644.

(4) Zach., p. 650 et 651; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 66 et 67; Demolombe, n°s 177 et 178, — Angers, 11 août 1821, Dev. Pal.

ment décidée à l'égard de toutes personnes, même vis-à-vis de celles qui n'auraient pas été parties au procès.

Il pourra très-bien arriver, sans doute, que l'enfant ait succombé dans sa lutte avec certains successeurs du mari, et qu'il ait obtenu gain de cause à l'égard de certains autres : mais cette position, ambiguë en ce qui concerne les tiers, s'interprète en faveur de l'enfant, c'est-à-dire, qu'il conserve sa place dans la famille tant qu'il n'en est pas expulsé. (Zach., p. 651 ; Val. sur Proudhon, p. 67.)

3° Les créanciers des héritiers peuvent, au nom de leur débiteur, exercer l'action en désaveu, puisqu'il ne s'agit, par rapport à eux, nous le répétons, que d'un intérêt pécuniaire. (Zach., p. 645, t. 3 ; p. 338, t. 2.)

Les héritiers sont mis aux lieu et place de leur auteur; ils ont le droit d'agir dans les divers cas où il aurait eu lui-même ce droit; les termes de l'article 317 sont généraux et absolus.

On a prétendu que les héritiers ne pouvaient se prévaloir de l'adultère qu'autant que la femme aurait été condamnée pour ce fait sur la plainte du mari (336 C. pén.) (1). C'est là une erreur : sans doute, le mari seul peut dénoncer l'adultère, à l'effet d'obtenir la séparation de corps ou de faire appliquer la peine; mais ne perdons pas de vue qu'il s'agit ici du désaveu, sorte d'action qui n'entraîne contre la femme l'application d'aucune peine. D'ailleurs, dans le cas de désaveu, la femme n'est point partie, mais seulement présente au procès (art. 318) (2).

A l'égard des héritiers de la femme, l'action en désaveu leur est refusée, bien qu'ils puissent avoir intérêt à faire déclarer l'enfant illégitime : ils sont aux droits de la mère; or, la mère pouvait seulement dénier l'accouchement, ou contester l'identité de l'enfant.

Nous dirons peu de mots sur l'action en contestation de légitimité; c'est là une véritable action de famille, et le plus souvent une défense à l'action en réclamation d'état, action imprescriptible : elle appartient individuellement et divisément à toute partie intéressée, aux parents maternels comme aux parents paternels; même à l'enfant qui préférerait, par des raisons particulières, la qualité d'enfant naturel à celle d'enfant légitime. (*Voyez* art. 315.) (3).

Parlons maintenant des délais accordés pour exercer l'action en désaveu.

Dans quels délais doit être exercée l'action en désaveu.

Les délais déterminés pour exercer l'action en désaveu courent con-

(1) Locré sur l'article 313.

(2) Toullier, n° 841; Dur., n° 73; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 56; Zach., t. 3, p. 645 et 646; — Cass., 25 août 1806, Dev. Pal.; D., Filiation, p. 548, n° 9; p. 555, n° 4.

(3) Dur., t. 3, n°s 73, 79 et 85; Toullier n° 833; Zach., t. 3, p. 651.

tre toutes personnes, même contre les mineurs et les interdits (1). Il ne s'agit pas, en effet, d'une prescription ordinaire, mais d'une déchéance. —Or, les déchéances peuvent être opposées en tout état de cause, même pour la première fois en appel (2).

La durée et même le point de départ des délais accordés varient, suivant que l'action est exercée par le mari ou par ses héritiers; ils ne se comptent point par jour, mais par mois, c'est-à-dire, de quantième à quantième (3). — On applique, du reste, la règle générale : *Dies à quo non computatur in termino; dies ad quem computatur in termino* (4).

En déterminant un délai fatal pour l'exercice du désaveu, la loi n'entend refuser ni au mari ni à ses héritiers le droit d'agir avant son expiration; le désaveu peut être formé à toute époque : mais nous n'admettons pas qu'il puisse avoir lieu avant la naissance de l'enfant; car on ignore s'il naîtra viable. D'ailleurs, dans tous les articles relatifs au désaveu, la loi suppose que l'enfant est déjà né : si l'enfant conçu est en certains cas réputé existant, ce n'est que par exception, et lors seulement qu'il s'agit de ses intérêts (5).

316 — Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant;

Dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent;

Dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant.

= Trois cas sont prévus par cet article :

Le mari se trouve sur les lieux; — il est absent; — la naissance de l'enfant lui a été cachée.

Le mari doit réclamer *dans le mois*, s'il se trouve *sur les lieux*. — Que faut-il entendre par cette expression vague : *sur les lieux?* La loi veut-elle parler de la commune, du canton, du département? C'est là une question de fait; les tribunaux doivent prononcer eu égard aux circonstances : le mari est réputé *sur les lieux*, lorsque la proximité de sa résidence ne permet pas raisonnablement de supposer qu'il ait pu ignorer le fait (6).

Si la naissance de l'enfant lui a été cachée, il doit agir dans les

(1) Dur., nº 89, t. 3, nº 290, t. 21; Zach., t. 3, p. 666; Troplong, Prescription, nº 27, t. 1er; — Grenoble,, 27 décembre 1821, Dev. Pal.

(2) Agen, 28 mai 1821, Dev. Pal.

(3) Cass., 21 juillet 1818; Orléans, 3 mai 1819. Dev. Pal.

(4) Dur., nº 84, t. 3; Zach., t. 3, p. 646; Troplong, Hyp., t. 1er, nos 294-314; Demolombe, nº 152.

(5) Demolombe, nº 161; — Cass., 25 août 1806; Liège, 12 fructidor an XIII, Dev. Pal.; v. cep. Zach., p. 648.

(6) Locré sur l'article 316; Zach., p. 646 : Toullier, t. 2, nº 839; Dur., t. 2, nº 83; — Paris, 9 août 1818, Dev. Pal.

deux mois à partir de la découverte de la fraude, c'est-à-dire, à partir du moment où il a acquis la preuve positive de l'événement : un simple soupçon ne suffirait pas pour faire courir les délais (1).— C'est au mari à prouver que la naissance lui a été cachée, et de plus qu'il est encore dans les délais utiles pour agir, si l'on allègue, comme fin de non-recevoir, que plus de deux mois se sont écoulés; car l'enfant a en sa faveur une présomption légale de légitimité qu'il faut détruire : *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat.* — Du reste, la preuve du premier fait emportera presque toujours celle du second.

Cette double preuve peut se faire par titres, par témoins et même par des présomptions (2).

Si le mari était absent au moment de la naissance de l'enfant, deux mois lui sont accordés pour réclamer, *à partir de son retour*, quand même il aurait eu connaissance de l'événement avant cette époque : ce qui a été dit pour le cas de naissance cachée (3) ne se trouve pas répété dans le paragraphe qui nous occupe.

Observons que le mot *absent* ne s'entend pas seulement de l'individu sur l'existence duquel peuvent s'élever des doutes; il comprend également les *non présents*.

Il est superflu de dire que les délais accordés au mari pour agir ont pour but de lui laisser la facilité de s'éclairer; peut-être aussi, de ne pas le placer dans la nécessité de précipiter une action aussi grave, et de le mettre en garde contre ses premières impressions.

— Si le mari est en état de démence, de quel jour comptera-t-on le délai de deux mois? — Du jour où il aura pu apprécier l'événement : c'est là un fait livré à l'appréciation du juge. (Delv., p. 89, n° 4; Malleville sur l'article 316; Zach., p. 647; Dur., n° 84.)

317 — Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester (4) la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession (5).

= Il peut arriver qu'au moment de la mort du mari, les délais dé-

(1) Locré, *ibid.*; — Angers, 18 juin 1837; Rouen, 5 mars 1828, Dev. Pal.; Cass., 9 mai 1838, Dev. 1838, 1, 854; Bordeaux, 31 mai 1836, Pal.; Cass., 31 mai 1838; Pal., 1848, 2, 360.

(2) Dur., n° 86, t. 3; Zach., p. 647, t. 3; Demolombe, n° 144.

(3) Zach., p. 647; — Paris, 9 août 1813, Dev. Pal.

(4) Le mot *contester* est employé dans cet article comme synonyme de *désavouer*. (Cass., 31 déc. 1834. D., 1835, 1, 5, Pal.

(5) Demolombe, n° 151, fait remarquer que la famille maternelle se trouve ainsi sacrifiée aux convenances des héritiers du mari, puisque seuls ils peuvent désavouer : le délai ne commence même à courir contre eux que du jour où ils ont été troublés dans leur possession ; de là ce résultat bizarre, que l'enfant peut se présenter comme légitime aux partages qui ont lieu dans

terminés par l'art. 316, pour introduire l'action en désaveu, soient sur le point d'expirer, ou que les héritiers n'aient pas été instruits immédiatement du décès; il est possible que les faits susceptibles de fonder l'action en désaveu leur soient inconnus : limiter pour eux l'exercice de cette action au court délai qui restait encore au mari pour agir, c'eût été souvent rendre illusoire la faculté qu'on entendait leur conférer. L'équité voulait d'ailleurs qu'on changeât le point de départ.

Deux mois, aux termes de notre article, sont accordés aux héritiers pour désavouer : le délai se compte différemment, selon qu'ils sont demandeurs ou défendeurs :

Au premier cas, il court du jour où l'enfant a pris, *en cette qualité*, possession de quelques biens héréditaires : nous disons, en cette qualité; car l'enfant peut avoir eu, pour s'emparer des biens, d'autres titres que celui d'*héritier*, des titres à l'exercice desquels les héritiers ne seraient pas fondés à s'opposer ; par exemple, s'il est nu-propriétaire d'un bien dont le défunt avait l'usufruit. (Dur., n° 88.)

Au deuxième cas, le délai court contre les héritiers du jour où ils ont été troublés par l'enfant dans leur possession. — Le trouble ne peut évidemment résulter que d'une action en justice quelconque : une demande en rectification d'acte de l'état civil (1), ou même un acte extrajudiciaire (2) dûment notifié aux héritiers, par lequel l'enfant manifesterait ses prétentions à la légitimité, constituerait un trouble suffisant; car la loi n'exige pas une demande directe formée par acte judiciaire. — Ce sont là, au surplus, des questions d'appréciation (3).

Quant au trouble de fait, on n'y aurait pas égard.

Observons que le délai n'est point prolongé par l'absence des héritiers; l'absence n'est une cause de prolongation que pour le mari (316). (Locré, p. 106; Dur., n° 88.)

Nous avons déjà fait remarquer que les héritiers ne sont pas tenus d'attendre, pour agir, que l'enfant ait manifesté l'intention de prendre qualité : il peut leur importer de prendre l'offensive, afin de ne pas rester exposés à une action en délaissement, et de déjouer les calculs de l'enfant qui voudrait laisser arriver, pour manifester ses prétentions, le dépérissement des preuves ou l'altération des souvenirs (4).

— Les héritiers du mari peuvent-ils désavouer après avoir renoncé à sa succession? ∿ De graves objections s'élèvent ici : d'une part, on dit : les héritiers du mari ont toujours intérêt à désavouer, car un nom est une propriété de famille; des étrangers ne doivent pas être admis à se l'approprier : le mot *héri-*

la ligne maternelle, sans craindre de s'exposer au désaveu; tandis qu'il ne peut prétendre aux biens de la ligne paternelle sans être immédiatement frappé d'illégitimité.

(1) Cass., 31 décembre 1834, Dev., 1835, 1, 545; Dal., 1835, 1, 5, Pal.; Grenoble, 5 février 1836, Dev., 1836, 2, 299, Pal.; Rouen, 5 mars 1828, Dev. Pal.

(2) Cass., 21 mars 1817, Dev. Pal.

(3) Cass., *ibid.*; Orléans, 6 février 1848, Dev. Pal.; *voy.* cep. Rouen, 2 mai 1835, Dev. Pal.

(4) Liège, 12 fructidor an XIII; Cass., 25 avril 1806, Dev. Pal.

tier n'est pas employé ici dans le sens de l'article 725 ; il signifie *héritier présomptif, appelé à succéder.*—D'ailleurs, l'intérêt pécuniaire existe, sinon pour le passé, du moins pour l'avenir, en faveur des héritiers qui ont renoncé ; en effet, il peut leur importer d'empêcher un enfant d'acquérir une prétendue possession d'état qui lui donnerait des droits aux successions non encore ouvertes.—L'action en désaveu se rattache donc principalement à la parenté. (Delv., p. 89, n° 6.) ✓✓ Nonobstant ces graves considérations, nous ne dévierons pas de nos principes ; la loi est formelle : pour désavouer, il faut être héritier (317) ; or, l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais eu cette qualité (785). — L'action en désaveu, nous le répétons, se trouve dans la succession du mari ; pour être admis à l'exercer, il faut donc succéder.—Vainement dit-on que le renonçant a toujours intérêt à empêcher l'usurpation de son nom de famille ; il doit s'imputer de ne pas avoir accepté au moins bénéficiairement. — Au surplus, les conséquences pour l'avenir sont peu à craindre, puisque la loi ne fait courir le délai pour désavouer qu'à partir de l'époque où l'enfant s'est mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers ont été troublés par lui dans cette possession. — Nous ne parlons pas de la fraude ; ce cas est toujours excepté : toute personne intéressée peut s'en prévaloir, de quelque manière qu'elle se soit manifestée. (Proudhon-Valette, p. 57; Toullier, t. 2, no 835; Dur., t. 3, no 72.)

La mère ou ses héritiers pourraient-ils désavouer? ✓✓ Aucun texte ne leur accorde cette faculté : l'action en désaveu fait partie des droits héréditaires ; elle ne peut donc appartenir qu'aux héritiers ou aux successeurs du mari (1).

On demande si le mari pourrait renoncer aux effets du jugement qui aurait admis le désaveu, et restituer ainsi à l'enfant le bénéfice de la légitimité? ✓✓ Au premier abord, l'affirmative semble rationnelle, car toute personne peut renoncer au bénéfice du jugement rendu en sa faveur ; et d'ailleurs, il paraît moral d'accorder au mari qui s'est laissé entraîner par un mouvement de jalousie, ou qui a été trompé par un concours de circonstances que le temps a ensuite éclaircies, la faculté de réparer les conséquences de son erreur (2). ✓✓ Mais l'opinion contraire doit prévaloir : la loi ne livre pas l'état des personnes au caprice des parties; le droit est acquis à tous de considérer l'enfant comme adultérin ; le jugement intervenu est absolu ; ses effets sont irréparables. (Demolombe, no 181.)

Quid, si le jugement a été rendu pendant l'absence du mari? celui-ci, de retour, serait-il irrévocablement lié par le jugement intervenu sur le désaveu formé par les envoyés en possession provisoire? ✓✓ Nous avons admis que l'action en désaveu fait partie des biens de l'absent : dès lors, cette question doit être résolue affirmativement.—Il en serait autrement, toutefois, si les envoyés avaient conclu seulement à ce que l'enfant fût déclaré illégitime quant à présent. (Demolombe, no 183.)

L'article 317 suppose le cas où le désaveu s'élèverait sur l'hérédité même du mari : mais qu'adviendrait-il, si l'enfant qui ne s'est pas présenté à la succession de ce dernier, élevait ensuite des prétentions sur la succession d'un fils ou d'un frère du mari? Les héritiers pourraient-ils désavouer? jouiraient-ils, pour intenter cette action, du délai que leur accorde cet article? ✓✓ L'article 317 n'est pas restrictif; on doit étendre son application à l'espèce qui nous occupe, puisqu'elle est en tout point semblable à celle qu'il prévoit. — Toutefois, les parties peuvent être placées dans une position différente ; car on ne se trouve plus dans la lettre

(1) Toullier no 835, t. 2; Dur., no 77, t. 3; Demolombe, nos 134 et 135 ; Zach., p. 644, t. 3 ; *voy.* cep. Merlin, vo Légitimité, sect. 4, § 1er, no 1; Delv., p. 84, no 15.

(2) Merlin, Quest., vo Légitimité, § 8.

même de la loi : supposez que cette succession nouvelle soit possédée par l'enfant, en qualité de frère ou de neveu du *de cujus*, depuis plus de deux mois : les héritiers du mari, s'ils se présentent et acceptent après ce délai, seront déchus de l'action en désaveu : mais ils conserveront cette action s'ils renoncent; car on ne pourra plus dire alors qu'ils ont été troublés, que l'enfant s'est mis en possession des biens qui leur appartenaient. (Demolombe, nº 150.)

318 — Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu de la part du mari ou de ses héritiers sera comme non avenu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, et en présence de sa mère.

= La loi restreint à un délai fort court l'exercice du désaveu, parce qu'il importait de ne pas laisser trop longtemps incertaine la position de l'enfant : mais on peut le prolonger, en désavouant par *acte extrajudiciaire :* cet acte, en quelque sorte conservatoire du droit, a pour effet de procurer aux intéressés un mois de plus, à partir de sa date, pour introduire la demande (1). — Il serait dès lors sans objet, si les délais ordinaires n'étaient point expirés.

L'acte extrajudiciaire portant désaveu n'est soumis à aucune forme spéciale : il appartient aux tribunaux d'examiner, eu égard aux circonstances, si le vœu de la loi est rempli ; leur décision échapperait à la censure de la cour de cassation (2). — On s'accorde à considérer, comme atteignant le but, une protestation par huissier, et même une simple déclaration, soit devant notaires, soit par un écrit sous seing privé ayant acquis date certaine (3). — Dans ces deux derniers cas, il sera prudent toutefois de notifier l'acte aux personnes contre lesquelles sera dirigé le désaveu, c'est-à-dire, au tuteur *ad hoc*, s'il est déjà nommé, et à la mère (4), bien qu'elle ne soit point partie principale.

Le désaveu par acte extrajudiciaire est comme non avenu, s'il n'est suivi, dans le mois, d'une *action en justice;* ce qui doit s'entendre d'une instance introduite devant les tribunaux civils : une citation en conciliation ne suffirait point; car les questions d'état sont dispensées de ce préliminaire (49 Pr.) (5).

(1) Merlin, Quest., vº Légitimité, § 2; Delv., p. 366; Toullier, t. 2, nº 848; Dur., t. 3, nº 92; — Cass., 4 avril 1837, Dev., 1837, 1, 439; Pal., 1837, 1, 256 et 542; Rouen, 5 août 1841, Pal., 1841, 2, 212.

(2) Cass., 9 mai 1838, Dev., 1838, 1, 854; Pal., 1838, 2, 360.

(3) Rouen, 5 août 1841, Pal., 1841, 2. 212.

(4) Zach., t. 3, p. 648; Dur., nº 95; Delv., p. 89, nº 9; Demolombe, nº 154.

(5) Des autorités graves argumentent, il est vrai, des art. 2245 C. civ. et 57 Pr. : Ces articles, disent-elles, s'appliquent aux déchéances comme aux prescriptions; aux causes dispensées du préliminaire de conciliation comme à celles qui y sont soumises. (Merlin, Rép., vº Prescription, sect. 1re, nº 3; vº Légitimité, § 2; Vaz., Prescrip., nº 191; Zach., p. 648; — Cass., 9 novembre 1809 et 13 avril 1810, Dev. Pal.) — Mais nous ne persistons pas moins dans notre opinion : admettre le préliminaire de conciliation ce serait procurer la facilité de prolonger, pendant un mois (57 Pr.), les délais accordés pour désavouer par les articles 316, 317 et 318. — D'ailleurs,

Formes de l'action en désaveu et de la contestation de la légitimité.

Le désaveu peut être formé soit par voie d'action, soit par voie d'exception : il faut nécessairement employer ce dernier mode lorsque l'enfant, inscrit sur les registres de l'état civil comme né de père et mère inconnus, ou comme ayant eu pour père un autre que le mari de sa mère, demande la rectification de son acte de naissance (1).

Le désaveu doit être dirigé (sous peine de nullité) contre l'enfant, s'il est majeur (Zach., p. 649); et contre un tuteur *ad hoc*, dans les cas suivants : 1° si l'enfant est mineur ou interdit, quand même il aurait déjà un tuteur ordinaire (2);—2° si la mère est prédécédée ; car le père, investi de la tutelle légale, ne saurait évidemment défendre à une action qu'il intenterait en sa qualité de mari;—3° en cas de prédécès du père : il répugnerait à la raison d'imposer à la mère la nécessité de comparaître dans une affaire qui doit entacher gravement sa réputation; — 4° enfin, si la tutelle a été confiée à un étranger : on peut craindre que, retenu par des considérations particulières, ce tuteur ne prenne pas avec tout le zèle désirable la défense de l'enfant. D'ailleurs, souvent il arrivera que ses intérêts seront liés à ceux du demandeur en désaveu, par exemple, s'il est proche parent du père.

L'enfant devrait être pourvu d'un tuteur *ad hoc*, lors même qu'il serait émancipé : dans une procédure aussi importante, il lui faut la plus exacte défense (3).

Dans tous les cas, la mère doit être mise en cause; car son intérêt est nécessairement lié à celui de l'enfant; elle a son honneur à défendre. D'ailleurs, nul mieux qu'elle ne peut fournir les renseignements nécessaires à la défense (4). — Si elle fait défaut, le désaveu ne se poursuit pas moins (5), puisqu'on ne demande aucune condamnation contre elle.

Le tuteur peut opposer à l'action en désaveu tous les faits propres à établir que l'enfant appartient au mari ; la loi n'exclut aucun mode de preuve.

Recherchons maintenant par qui doit être nommé le tuteur *ad hoc :* il faut, disent quelques auteurs, observer les règles ordinaires de la tutelle, puisque la loi ne détermine pas de formes spéciales : ainsi, le poursuivant est tenu de requérir la convocation d'un conseil de famille. Ce conseil doit être composé de parents pris moitié dans la ligne paternelle et moitié dans la ligne maternelle, conformément à la règle de

ce préliminaire ne peut être considéré comme une instance judiciaire, puisqu'il a précisément pour effet de la prévenir (Dur., n° 93 ; Delv., p. 89, n° 11).— Les arrêts invoqués dans l'opinion contraire, notamment celui du 9 novembre 1809, ne signifient rien ; car, dans l'espèce sur laquelle il a statué, il ne s'agissait pas du désaveu, mais de la contestation de légitimité.

(1) Cass., 21 décembre 1834, Dev., 1835, 1, 545; Grenoble, 5 février 1836, Dev., 1836, 2, 299, Pal.

(2) Delv., p. 89, n° 12; Demolombe, n° 165; —Colmar, 15 juin 1831; Pal. Dev., 1833, 2, 39.

(3) Merlin, v° Légitimité, sect. 4, § 2, n° 1.

(4) Toullier, t. 2, n° 843; Proudhon, t. 2, p. 45; Zach., p. 649; Dur., n° 96.

(5) Colmar, 15 juin 1831, Pal. Dev.

l'article 407 C. C. (Arg. de l'art. 968 Pr.) (1). On a jugé, il est vrai, que les parents maternels doivent seuls être appelés, par ce motif que la famille du père deviendra étrangère à l'enfant si le désaveu est admis (2): mais alors, pourquoi ne pas exclure également les parents paternels? N'ont-ils pas intérêt à ce que l'enfant soit déclaré adultérin, dans les cas des articles 312 et 313, et naturel dans le cas de l'article 314, afin de l'empêcher de succéder à la mère (762)?

Il nous paraît plus convenable de décider que le tuteur doit être nommé par le tribunal : telle est la forme ordinairement suivie, quand il s'agit de la nomination d'un tuteur *ad hoc ;* nous ne voyons pas de raison pour nous écarter ici de cette règle (3).—Assurément, la procédure ne serait pas frappée de nullité, par cela seul que le tuteur aurait été nommé par un conseil de famille, puisque l'article 318 garde le silence sur ce point; mais les membres du conseil se trouveraient sous le coup de préventions fâcheuses, et assumeraient sur eux une grave responsabilité.

— Est-il de rigueur, sous peine de déchéance, que la mère soit mise en cause dans le mois de l'acte extrajudiciaire? Suffirait-il que le désaveu eût été formé dans ce délai contre le tuteur *ad hoc ?* — La loi veut que l'action soit dirigée contre l'enfant, *en présence de la mère :* elle exprime clairement, par ces mots, que la mère se trouve partie principale: il importe en effet qu'elle soit mise à même de contredire les témoins de l'enquête et ceux de la contre-enquête, ce qui ne pourrait avoir lieu s'il était possible de l'appeler utilement à quelque époque que ce fût; l'instruction ne procède régulièrement qu'en présence de la mère et contradictoirement avec elle.—Toutefois, dans le silence de la loi, nous comprenons que la nullité ne puisse être prononcée par cette seule cause que la mère n'aurait pas été appelée dès le principe : — ces considérations ont une egale force, que le mari ait agi soit dans le mois, soit dans les deux mois à partir de la naissance de l'enfant, ou qu'il ait eu recours à un acte extrajudiciaire (4).

Effets du jugement qui admet ou qui rejette le désaveu.

Pendant l'instance en désaveu, l'enfant jouit de tous les avantages attachés à la légitimité; il peut, notamment, réclamer une pension alimentaire sur les biens du mari de sa mère (5).

Il a été jugé que l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage a les mêmes droits; nous pensons qu'il doit du moins donner caution pour sûreté de restitution (6).

(1) Duro, n° 96; Toullier, n° 843; Proudhon, p. 45.

(2) Cass., 25 juin 1806, Pal. Dev.; Montpellier, 12 mars 1833, Pal.

(3) Delv., p. 89. n° 12; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 59; Toullier, t. 1er, p. 389; — Cass., 25 août 1809, Dev. Pal.; Dur., n° 96, t. 3; Demolombe, n° 169; — Riom, 25 novembre 1828, Dev. Pal.; Cass., 30 avril 1834, Dev., 1834, 1, 444, Pal.

(4) Demolombe, nos 168 et 169; — Cass., 24 décembre 1839; Dev., 1846, 1, 167; 9 mars 1847, D., 1847, 1, 137; Rennes, 8 juin 1843, Dev., 1844, 2, 249.

(5) Besançon, 23 mai 1806, Dev. Pal.

(6) Aix, 6 avril 1807, Dev. Pal.

Si l'enfant vient à décéder pendant l'instance, l'action n'est pas éteinte; car sa qualité lui donnait droit à des intérêts pécuniaires que ses représentants pourraient vouloir exercer en son nom : il importe dès lors qu'un jugement intervienne (1).

Le jugement qui admet le désaveu détruit tous les effets de la règle *Pater is est :* l'enfant est considéré comme adultérin, s'il a été conçu pendant le mariage (312, 313), et comme naturel simple, s'il se trouve dans le cas de l'article 314; ce qui donne lieu à l'application des articles 756-766.

Si le désaveu est rejeté, le jugement rendu avec le mari fait loi pour toute la famille : en conséquence, l'enfant viendra comme héritier à la succession de ses collatéraux, sans que son état puisse être contesté, même par ses parents maternels; car, pendant la durée du mariage, le mari a été mandataire légal de la famille, et même seul contradicteur légitime de l'enfant.

Mais la position est toute différente, lorsque le jugement a été rendu entre l'enfant et les héritiers du mari : ce jugement n'a l'autorité de la chose jugée que vis-à-vis de ceux qui ont été parties ou représentés dans l'instance (1351); il ne peut être opposé aux autres héritiers et réciproquement ces derniers n'ont pas la faculté de s'en prévaloir (2).

Pareillement, en cas de prédécès de l'enfant pendant les délais accordés pour désavouer, le jugement intervenu avec ses représentants, qui ont réclamé en son nom des droits pécuniaires auxquels il aurait pu prétendre, n'a d'effet qu'à l'égard de ceux qui ont figuré dans l'instance (3).

Indépendamment de la fin de non-recevoir résultant de l'expiration des délais déterminés par les articles 316-318, l'enfant peut se prévaloir de tous les faits qui emportent, de la part du poursuivant, reconnaissance de sa qualité; le juge a sur ce point une appréciation discrétionnaire (4).

CHAPITRE II.

DES PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES.

Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer au commencement de ce titre, l'expression : *enfant légitime*, ne s'applique régulièrement qu'aux individus qui ont été conçus *pendant le mariage.* — Si le législateur a compris sous la même dénomination ceux dont la conception

(1) Besançon, 20 prairial an XIII, Dev. Pal

(2) Toullier, nos 228, 229 et 230; Merlin, Rép., vo Question d'état, § 2; — Cass., 10 mai 1808.

(3) Zach., p. 649 et 651; Toullier, nos 232 et 233, t. 10; Dur., t. 3. no 102; t. 15, no 527; Merlin, Rép., vo Question d'état, § 3, art. 1er, nos 5, 11 et 14.

(4) Montpellier, 4 février 1842, Dev. Pal.; 2 mars 1832, Pal.

remonte à une époque antérieure, par cela seul qu'ils sont nés depuis le mariage, ce n'est que par extension.

Quoi qu'il en soit, toutes les règles que nous allons examiner s'appliquent à l'un et à l'autre cas, sauf cette différence, qu'il suffit, pour faire rejeter de la famille l'enfant conçu avant le mariage, d'établir ce fait, sans recourir à d'autres preuves.

Gardons-nous de confondre la *filiation* avec la *légitimité*.

La *filiation* est la qualité de fils de tel père et de telle mère; qualité qui peut être légitime ou naturelle.

La *légitimité* est la qualité d'enfant issu du mariage, ou légitimé par mariage subséquent.

Il ne suffit donc point à l'enfant qui réclame le bénéfice de la légitimité de prouver sa filiation; il doit de plus établir la preuve du mariage; ce qu'il peut faire en représentant un acte de célébration (195); ou, si ses père et mère sont morts tous deux, en prouvant qu'ils avaient la possession d'état d'époux légalement mariés (197).

Ainsi, le réclamant doit démontrer trois choses :

1° Sa naissance pendant le mariage ou dans les 300 jours qui ont suivi la dissolution;

2° Son identité, s'il représente un acte de naissance;

3° Le mariage de ses père et mère.

La loi suppose, dans ce chapitre, que le mariage est constant, mais que la filiation est douteuse; elle détermine la manière d'en établir la preuve : ce dernier point doit donc seul nous occuper.

Les enfants légitimes peuvent prouver leur filiation :

1° Par la représentation d'un acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil (319);

2° Par la possession d'état (320-322);

3° Par la preuve testimoniale (323 et 324).

Lorsque l'enfant a eu recours à ce dernier genre de preuve, il ne se trouve pas nécessairement et irrévocablement placé sous l'empire de la règle *Pater is est* (325) : nonobstant la maternité prouvée, le mari peut établir, sans recourir à une action en désaveu, qu'on ne peut lui attribuer la paternité.

Les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les actions en réclamation d'état (326) : telle est même la rigueur de la règle, que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état (327).

L'action en réclamation d'état est imprescriptible *à l'égard de l'enfant;* elle ne peut faire l'objet d'un compromis (1004 Pr.), ni par conséquent d'une transaction (328); elle est dispensée du préliminaire de conciliation (49 Pr.); enfin elle doit être communiquée au ministère public (83 Pr.).—Ces sortes de questions, comme toutes celles qui concernent l'état des personnes, sont jugées en audience solennelle.

L'action en réclamation d'état passe aux héritiers de l'enfant, mais sous certaines conditions (329).

Preuves de la filiation par l'acte de naissance.

319 — La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil.

= La preuve de la filiation résulte suffisamment, pour les enfants légitimes, de la représentation de leur acte de naissance, pourvu que cet acte ait été inscrit régulièrement sur les registres de l'état civil.

De là nous sommes amené à conclure que l'acte serait insuffisant, s'il était entaché de quelque vice; par exemple, s'il avait été inscrit sur feuille volante (*V.* t. 1er, p. 164 et 479); si la déclaration de naissance n'avait pas été faite par l'une des personnes auxquelles la loi donne mission spéciale à cet effet (1), enfin, s'il avait été inscrit sans jugement, après le délai de 3 jours déterminé par l'article 55 C. civ. pour faire la déclaration de naissance (*V.* p. 174, t. 1er) (2).

Tout au plus l'acte irrégulier pourrait-il servir de commencement de preuve par écrit (3).

Quant aux inexactitudes qui se seraient glissées dans la rédaction de l'acte, elles donneraient lieu à une procédure en rectification; mais elles ne le vicieraient pas dans son essence.

Au nombre des énonciations que doit contenir l'acte de naissance, l'article 57 C. civ. place le nom du père: mais, en rapprochant l'article 312 de l'article 319, il est facile de reconnaître que cette énonciation n'est pas substantielle; car la paternité légitime se prouve par la maternité. Peu importerait, dès lors, que la mère eût été désignée sous son nom de fille (4), ou même qu'on eût attribué, par erreur, la paternité à un autre qu'au mari (5): pour donner lieu à l'application de la règle *Pater is est*, etc., il suffit que la mère soit certaine; sauf ensuite la rectification de l'acte, ou l'action en désaveu réservée au mari (6).

L'acte de naissance prouve la filiation légitime, lors même qu'il n'est pas corroboré par la possession d'état, lors même que l'enfant a une possession d'état contraire aux énonciations que l'acte renferme (7); bien plus, lors même que la naissance aurait été cachée au mari, sauf ensuite l'effet de l'action en désaveu. (Demolombe, nº 236.)

(1) Toullier, nos 863 et 867; Dur., nos 119 et 121, t. 3; Demolombe, nº 191; —Paris, 15 juillet 1808, Pal. Dev.

(2) Caen, 3 mars 1836, Dev., 1838, 2, 486.

(3) Dur., nos 120, 121 et 126, t. 3; Toullier, t. 2, nos 865 et 867; Demolombe, nº 190; Dal., vº Filiation, nº 8.

(4) Toullier, nº 863; Dur., nos 114 et 115; Delv., p. 208; Zach., p. 654, t. 3.

(5) Zach., *ibid.;* Dur., *ibid.;* Toullier, nº 861; Merlin, Rép., vº Légitimité, sect. 2, § 2, nº 7; — Caen, 9 août 1813; Paris, 28 janvier 1819, Dev. Pal., 6 janvier 1834, Pal.; Cass., 19 mai 1840, Pal., 1840, 2, 250.

(6) Merlin, vº Légitimité, sect. 2, § 2, nº 7; Locré, t. 6, p. 33; Toullier, t. 2, nos 858, 860, 862 et 896; Dur., t. 3, nos 115, 119 et 138;—Paris, 9 avril 1812, 28 juin 1819; Toulouse, 14 juillet 1827, Dev. Pal.; 6 janvier 1834, Dev., 1834, 2, 151, Pal.; Paris, 31 décembre 1834, D., 1835, 1, 5, Pal.; Grenoble, 5 février 1836, Dev., 1836, 2, 299; Montpellier, 29 mars 1838, Dev., 1839, 2, 279. *Voy.* cep. Cass., 22 janvier 1811, et Paris, 5 mars 1814, Dev. Pal.

(7) Demolombe, nº 197; Dur., nos 298 à 310, t. 1er; nº 112, t. 3; Delv., p. 213.

Dans toutes les observations qui précèdent, nous nous sommes placé, il ne faut pas le perdre de vue, dans l'hypothèse où la filiation, du moins en ce qui touche la mère, serait directement prouvée par l'acte de naissance : la preuve de la maternité n'emporterait pas nécessairement celle de la paternité, si l'enfant avait eu recours à la preuve testimoniale. Nous reviendrons sur ce point. (*Voy.* art. 335.)

Les registres étant ouverts à tout le monde, l'enfant qui se prévaut d'un acte de naissance doit nécessairement prouver qu'il est *identiquement* celui à qui ce titre s'applique (1) : mais autre chose est de justifier une réclamation d'état, autre chose est d'établir l'identité : cette dernière preuve peut se faire par témoins, quoiqu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit, et même par des présomptions (2). *Nec obstat* l'article 325 : cet article statue pour le cas seulement où l'enfant n'a en sa faveur ni possession, ni titre ; pour le cas de réclamation d'état proprement dit (3).

L'identité reconnue, l'acte de naissance prouve la filiation jusqu'à inscription de faux, nonobstant toute dénégation de la part de la mère (4).

—La reconnaissance des père et mère, admise comme preuve de la filiation naturelle, peut-elle établir la filiation légitime (*voy.* p. 184) ? ∾ La filiation légitime, peut-on dire, est plus favorable que la filiation naturelle : si la reconnaissance suffit, dans ce dernier cas, pour établir la filiation, elle doit suffire *à fortiori* dans le premier : ne serait-il pas inhumain d'interdire à des parents qui, dans un moment d'égarement, auraient supprimé l'état de leur enfant, la faculté de le lui rendre? (Merlin, Rép., v° Légitimité, sect. 2, § 4, n° 3.) ∾ Sans doute un tel résultat est regrettable ; mais les textes ne reconnaissent que trois genres de preuves pour la filiation légitime : l'acte de naissance (319), la possession d'état (320), la preuve testimoniale (323 et suiv.) ; ils ne parlent pas de la reconnaissance postérieure à l'acte de naissance. Pourquoi cette restriction? Elle est établie dans l'intérêt des familles : le législateur n'a pas voulu qu'il pût dépendre du fait de l'un de ses membres d'y introduire des individus étrangers. — Quand il s'agit de filiation naturelle, les mêmes inconvénients ne se présentent pas; car cette filiation est restreinte à l'auteur de la reconnaissance (5).

(1) Toullier, n° 854; Dur., n° 122; Proudhon, t. 2, p. 58; Merlin, Rép., v° Légitimité, sect. 2, § 4, n° 5.

(2) Toullier, n° 883, t. 2; Valette sur Proudhon, t. 2, p 79 et 80; Zach., p. 653; Demolombe, n° 203; Dur., n°s 123 et suiv.; Merlin, v° Légitimité, sect. 2, § 4, n° 5; —Paris, 23 floréal an XIII; Bruxelles, 9 juillet 1821. — *Voy.* cep. Cass., 27 janvier 1818, 5 avril 1820 ; Bordeaux, 25 août 1825, Dev. Pal.

(3) Dur, n° 138; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 77; Demolombe, n° 236.

(4 Merlin, Rép., v° Maternité, n° 6; v° Faux, § 2; Quest., v° Question d'état; Toullier, t. 2, n°s 854, 855 à 859 et 860; Zach., p. 654.

(5) Dur., n° 125; Demolombe, n° 193; Merlin, Quest., v° Légitimité, § 2; — Cass., 9 novembre 1809, S., 1810, 1, 77; Paris, 11 juin 1814, S., 1815, 2, 17; Dev. Pal.

Preuves de la filiation par la possession d'état.

320 — A défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit.

= La première rédaction de l'article 320 portait : « Si les registres » sont perdus ou s'il n'en a pas été tenu, » renvoyant ainsi à l'article 46 : mais cette rédaction, trop restrictive, ne rendait pas la pensée du législateur; on lui a substitué ces mots : *à défaut de ce titre*, expression qui comprend, dans sa généralité, tous les cas où, par une cause quelconque, l'enfant se trouverait dans l'impossibilité d'établir sa filiation par un acte de naissance; soit parce qu'il n'en aurait pas été dressé, ou parce qu'ils seraient détruits ou perdus; soit parce que la mère n'y serait pas exactement désignée; soit parce que l'enfant aurait été inscrit comme né de père et mère inconnus; soit parce qu'il ignorerait le lieu de sa naissance.

L'enfant qui invoque sa possession d'état n'est pas tenu d'établir qu'il se trouve dans l'impossibilité de produire un titre; car on lui imposerait ainsi une preuve négative : c'est à ses adversaires à démontrer qu'il ne se trouve pas dans le cas prévu par la loi (1).

On appelle *possession d'état*, la notoriété qui résulte d'une suite non interrompue d'actes faits par la même personne, en la même qualité. (*Voy.* art. 321.)

La loi veut que cette possession soit *constante*, c'est-à-dire, non interrompue, continue, suivie, sans lacune; que les faits allégués ne puissent être contestés.

Au premier abord, on pourrait croire que la possession d'état est placée sous tous les rapports sur la même ligne que le titre de naissance; qu'elle a le même degré de force, et qu'il suffit en conséquence à l'enfant d'établir sa possession d'état par rapport à sa mère, pour être admis à réclamer le bénéfice de la légitimité. Mais remarquons ces mots de l'article 320 : possession d'état d'*enfant légitime;* ils nous révèlent toute la pensée du législateur : sans doute, lorsque l'enfant représente un acte authentique, un acte dressé sur la déclaration de personnes investies d'une mission spéciale à cet effet, un acte revêtu d'un tel caractère de vérité, qu'on ne peut l'attaquer que par la voie du faux, il est rationnel de conclure que l'enfant a pour père le mari de la mère indiquée : mais la possession d'état se compose d'une réunion de faits uniquement abandonnés à l'appréciation du juge; de circonstances souvent insignifiantes, si on les considère isolément : comment asseoir sur cette base une présomption légale de légitimité? dans quels étranges abus ne se trouverait-on pas jeté, si on admettait un pareil système? L'enfant auquel, par un pur sentiment de bienfaisance, une femme

(1) Toullier, t. 2, nos 871, 872, 880; Dur., no 127; Locré sur l'article 120; Delv., t. 1er, p. 213.

mariée aurait donné des soins avec l'intention de l'adopter plus tard, pourrait obtenir ainsi, à l'insu du mari, des titres à la légitimité. D'ailleurs, à partir de quelle époque ferait-on courir contre le mari le délai fatal qui doit lui être accordé pour désavouer? Ajoutons que l'aveu public de maternité n'est qu'un scandale quand il n'émane pas également du mari, et qu'attacher à ce fait des conséquences aussi graves, ce serait encourager la violation de la foi conjugale. — La légitimité suppose que l'enfant est issu du mariage; il faut, dès lors, que la possession d'état le rattache indivisément à l'un et à l'autre époux.

Nous irons plus loin : la possession d'état, par rapport à la mère seule, ne suffirait point pour établir la filiation à son égard; car l'enfant ne peut être qu'adultérin s'il n'appartient pas au mari : or, la loi n'admet pas la reconnaissance, lorsqu'elle doit avoir un semblable résultat (1).

Par les mêmes motifs, nous déciderons que les soins du mari, lorsqu'ils n'émanent que de lui seul, ne constituent qu'une possession incomplète, en ce sens qu'elle est sans aucun effet à l'égard de la femme.

On a demandé si la possession d'état, une fois acquise, pouvait être interrompue sans se perdre? Chaque jour il arrive que des enfants quittent la maison paternelle pour ne reparaître qu'après nombre d'années : pourquoi donc les priver de leur état? La loi n'exige pas de continuité.—Sans prétendre appliquer ici les règles de la prescription, nous dirons, par argument des articles 2229 et 2242 combinés, que la possession d'état une fois acquise se conserve par l'intention, et qu'il suffit à l'enfant qui invoque les effets de la légitimité, de prouver son identité.

Toutefois, il ne faudrait pas que la possession d'état primitive eût été détruite par des faits postérieurs; ce qui arriverait, par exemple, si l'enfant avait acquis, dans l'intervalle, une autre possession d'état : l'article 320 veut que la possession de l'état réclamé soit constante. (Demolombe, n° 210.)

Observons, en terminant, que la possession d'état serait insuffisante pour établir la filiation, si un acte de naissance qui contredirait cette possession était produit; car la possession d'état n'est admise qu'*à défaut de titre*. L'enfant doit donc faire tomber ce titre avant d'invoquer sa possession; ce qui ne peut avoir lieu que par voie d'inscription de faux (2).

321 — La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté

(1) Zach., t. 3, p. 656 et 657; Demolombe, n° 211;— Cass., 25 août 1812; Paris, 11 juin 1814, Dev. Pal.; Toulouse, 4 juin 1842, Dev., 1843, 2, 507.

(2) Dur., nos 139 et suiv.; Merlin, v° Acte de naissance, § 11, n° 2; Quest. d'état, n° 1; D., Filiation, p. 579, n° 4; — Cass., 20 prairial et 10 messidor an XII, 12 juin 1823, Dev. Pal.; 21 juillet 1831, Pal.

entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir.

Les principaux de ces faits sont :

Que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ;

Que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ;

Qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société ;

Qu'il a été reconnu pour tel par la famille.

=Les termes du premier alinéa de notre article démontrent, selon nous, jusqu'à l'évidence, que l'enfant doit prouver simultanément et indivisément sa filiation, tant à l'égard de sa mère qu'à l'égard du mari de celle-ci, lorsqu'il a recours à la possession d'état ; principe que nous avons posé dans nos observations sur l'article précédent : en effet, ces mots : *à la famille*, s'appliquent, dans leur généralité, à l'un et à l'autre époux.

Les faits qui peuvent établir la possession d'état sont trop nombreux et trop variés pour qu'il soit possible d'en faire l'énumération : la loi se borne à déclarer qu'ils doivent avoir pour objet d'établir les trois points suivants :

L'individu a toujours porté le nom du mari de la mère, *nomen ;*

Le mari l'a traité constamment et publiquement comme son enfant, *tractatus ;*

Il a toujours été reconnu pour tel dans la famille et dans la société, *fama.*

Observons, toutefois, que la loi n'entend pas exiger nécessairement la réunion de ces trois circonstances, de manière qu'à défaut de l'une d'elles, les deux autres devraient être rejetées : elle n'est pas conçue en termes absolus (1) ; son seul but, nous le répétons, a été de déterminer le caractère et la nature des rapports dont on peut légalement induire la conséquence exacte et la preuve de la possession d'état.

Les faits peuvent être établis par titres, par témoins et même par des présomptions ; la loi ne refuse au juge aucun moyen de s'éclairer.

La preuve par titres peut résulter de toute espèce d'écrits, fussent-ils étrangers à l'enfant ; par exemple, des actes de naissance de ses frères et sœurs, ou de l'acte de décès de sa mère (2).

L'admission à la preuve testimoniale n'est pas subordonnée à l'existence d'un commencement de preuve par écrit : ce n'est point ici le cas d'appliquer l'article 323, puisqu'il s'agit uniquement d'établir la

(1) Dur., n° 132; Locré sur l'article 321; Favard, v° Filiation, § 1er, n° 3 ; — Cass., 25 août 1812, Dev. Pal.

(2) Grenoble, 5 février 1807, Dev. Pal.

possession d'état (1). On aura égard surtout au témoignage de la famille (2).

Quant aux présomptions, elles sont abandonnées à l'appréciation du juge : il doit avoir égard à l'âge des parents, à leur position sociale et aux circonstances.

De leur côté, les adversaires de l'enfant peuvent combattre ses prétentions par tous les moyens possibles (3); par exemple, en démontrant qu'il n'existe pas d'enfants issus du mariage, ou que les enfants sont décédés; en produisant un acte de naissance qui lui donne une filiation autre que celle qu'il veut établir (4). — Rappelons-nous, en effet, que l'acte de naissance neutralise la possession d'état, et que l'enfant doit faire tomber cet acte (ce qui ne peut avoir lieu que par voie d'inscription de faux) (art. 45) (5), avant d'être admis à la recherche de la maternité (*voy.* art. 320) (6); que la possession contredite par le titre ne peut rien en cette matière (197). — Du reste, il s'agit d'une pure question de fait (7).

Bien que le caractère des faits constitutifs de la possession d'état ne soit déterminé par la loi qu'à l'égard du père, les mêmes conditions sont évidemment requises pour la preuve de la maternité : l'attention des rédacteurs du code s'est portée sur le père, parce qu'il donne son nom à l'enfant.

322 — Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre ;

Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance.

= L'acte de naissance sans la possession d'état, de même que la possession d'état séparée de l'acte de naissance, ne forment point une preuve irréfragable de la filiation : les adversaires de l'enfant peuvent repousser les conséquences qu'il prétend tirer du titre, en contestant l'identité; par exemple, en prouvant que le véritable enfant est mort; qu'il y a eu substitution d'enfant, soit au moment où l'acte a été rédigé, soit en nourrice; ou combattre la prétendue possession qu'il s'attribue, en démontrant que les faits ne sont pas concluants.

De son côté, l'enfant ne saurait être plus lié par la possession d'état que par un acte : s'il peut réclamer contre son titre, lorsque ce titre est

(1) Demolombe, n° 212; Zach., t. 3, p. 657; Dur., n° 130, — Pau, 9 mai 1829, Dev. Pal.; Toulouse, 4 juin 1842; Dev., 1833, 2, 507.

(2) Toulouse, 17 août 1809, Dev. Pal.

(3) Cass., 27 novembre 1833, Pal.

(4) Zach., p. 658; Toullier, n° 880; Proudhon, t. 2, p. 61.

(5) Valette sur Proudhon, p. 80 et 84.

(6) Demolombe, n° 216; Proudhon, t. 2, p. 84 et 85; — Cass., 2 mai 1809, Dev. Pal.

(7) Cass., 8 janvier 1806, 25 août 1812, 19 mai 1830, Dev. Pal.; 27 novembre 1833, Pal.

entaché de faux, pourquoi lui refuserait-on la faculté d'établir que sa possession n'est pas conforme à la vérité ?

Mais ces deux éléments de preuve se prêtent un mutuel appui, lorsqu'ils se trouvent réunis : la fraude est alors, sinon impossible, du moins invraisemblable.—L'enfant est non recevable à réclamer une filiation contraire (1), lors même qu'il a en sa faveur les commencements de preuves les plus forts ; et réciproquement, nul ne peut contester son état (2) —Vainement le réclamant offrirait-il d'établir que l'acte est entaché de faux : on répondrait, soit en faveur de l'enfant, soit contre lui, que la filiation fondée sur le concours du titre et de la possession est inattaquable ; que les termes de l'article 322 sont absolus (3) : permettre de combattre isolément le titre et la possession, ce serait neutraliser cet article et rentrer dans l'hypothèse de l'article 323. — La règle est en quelque sorte d'ordre public.

Nous supposons, bien entendu, qu'il s'agit d'une action en contestation d'état proprement dite : la fin de non-recevoir résultant de l'article 322 ne s'appliquerait ni au cas de désaveu, ni au cas où la légitimité (en d'autres termes, l'existence du mariage à l'époque de la conception) serait l'objet du litige (4). Assurément, la qualité de fils de tel homme et de telle femme est suffisamment établie par le concours du titre et de la possession ; mais sauf cette réserve, que la femme n'aura pas enfreint la foi conjugale, et que le mariage ne sera pas contesté (art. 194 à 197) : ce sont là des faits distincts et essentiellement indépendants (5).

Que déciderait-on si l'enfant soutenait que l'acte a été altéré après coup, pour le rendre conforme à la possession ? Pourrait-on lui opposer les termes de l'article 322 ? L'article 322 suppose évidemment que l'acte représenté est tel qu'il a été rédigé à l'époque de la naissance ; qu'il n'a subi depuis aucune altération : or, on prétend établir que l'acte ne concernait pas dans l'origine celui qui s'y trouve frauduleusement désigné ; qu'il y a faux matériel : le titre se trouvant alors séparé de la possession, nous ne sommes plus dans le cas de l'art. 322; donc il faut admettre la preuve (6).

(1) Cass., 8 prairial an XII, Dev. Pal.

(2) Bordeaux, 12 février 1838, Dev., 1838, 2, 406; Pal., 1838, 2, 559.

(3) Toullier, n° 878; Zach., t. 3, p. 665; Merlin, v° Légitimité, sect. 3, n° 4. *Voy.* cep. Malleville sur l'article 323.

(4) Toullier, nos 881 et 882; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 85; Delv., p. 89, n° 16; Demolombe, n° 229; Dur., no 134; Zach., t. 2, p. 665 — La cour de Montpellier (2 mars 1832, Dev., 1832, 2, 610, Pal.) nous paraît avoir confondu ces deux cas, bien différents cependant, en appliquant l'article 322 dans une espèce où il s'agissait de la contestation de légitimité.

(5) Delv., t. 1er, p. 89; Toullier, p. 149, t. 2; Dur., t. 3, p. 100; Merlin, Rép., v° Filiation; Favard, v° Filiation, § 1er, n° 2; — Douai, 8 mars 1845, Pal., 1846, 1, 24.

(6) Demolombe, nos 225 et 226; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 85; Dur., n° 133 *bis;* Demante, Progr., t. 1er, n° 304; Merlin, Rép., v° Légitimité, sect. 3, n° 4.

Preuve vocale de la filiation.

323 — A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de filiation peut se faire par témoins.

Néanmoins, cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour déterminer l'admission.

= Nous arrivons à l'hypothèse où l'enfant, n'ayant en sa faveur ni titre ni possession, se trouve réduit, pour établir son état, à invoquer la preuve testimoniale.—Cette expression, *défaut de titre*, comprend, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer (*voy.* art. 320), toutes les causes quelconques qui empêchent l'enfant de s'appuyer sur un acte de naissance : soit parce qu'il ignore le lieu où il est né; soit parce qu'on a négligé de le faire inscrire; soit parce que les registres sont perdus ou ont été détruits (1).

L'inscription comme né de *père et mère inconnus* équivaut évidemment au défaut de titre; — nous en dirons autant de l'inscription sous de *faux noms*, en supposant, bien entendu, que le nom de la mère ne soit pas même exactement énoncé; car si l'inexactitude portait seulement sur le nom du père, cela importerait fort peu; la règle *Pater is est* deviendrait applicable.

Mais une difficulté s'élève : avant d'*être admis* à la preuve testimoniale, l'enfant inscrit comme né de père et mère inconnus, ou sous de faux noms doit-il faire tomber le titre qu'on lui oppose?

Dans le premier cas, la négative ne peut être douteuse : en effet, à quoi bon attaquer un titre qui ne contrarie en rien les prétentions que l'enfant veut élever? C'est en réalité comme s'il n'existait pas de titre. — Le tribunal doit donc autoriser l'enquête, sans procédure préalable, si le réclamant a en sa faveur un commencement de preuve qui réunit les conditions requises : pas de difficultés (2).

Mais les opinions sont divisées sur le deuxième point : suivant quelques autorités graves, l'inscription *sous de faux noms* doit être assimilée à l'inscription comme né de père et mère inconnus; c'est-à-dire, que l'enfant, muni d'un commencement de preuve, peut établir sa filiation par témoins, *de plano*, sans avoir besoin, au préalable, de faire tomber le titre; qu'en prouvant sa qualité réelle, il démontrera,

(1) Demolombe, nº 233, t. 5; — Cass., 12 décembre 1827, Dev. Pal. *Voy.* cep. Toullier, nº 884, t. 2.

(2) Demolombe, nº 239. *Voy.* cep. Proudhon, t. 2, p. 88.

par cela même, le vice de l'acte. — L'article 323 suppose cette simultanéité, disent-ils, puisqu'il garde le silence sur la procédure en faux : d'ailleurs, ce n'est point ici le cas des articles 146 et 147 C. pén.; le crime commis est l'un de ceux que prévoit l'article 345, et qui est puni de la reclusion (1). — Cette opinion ne peut se soutenir : il s'agit évidemment, dans notre espèce, d'une question de faux incident civil, puisque l'enfant doit paralyser l'effet d'un titre qu'on lui oppose incidemment. Cette question est donc un préalable qu'il faut juger avant tout; car l'acte authentique fait foi tant qu'il n'est pas détruit (art. 45, 1317, 1319). — Telle est la règle générale (2).

Gardons-nous surtout de confondre la réclamation d'état avec l'action en rectification de l'acte : les mêmes règles ne sont pas applicables (3).

Passons aux conditions requises pour que la preuve de la filiation puisse être établie par témoins.

La preuve testimoniale ne présente pas toujours les garanties désirables, surtout en matière de question d'état : la loi ne voit qu'avec défiance ce genre de preuve; elle ne refuse pas à l'enfant la faculté d'y recourir lorsqu'il n'a ni titre ni possession; mais alors des mesures sont prises pour mettre autant que possible les familles à l'abri des témoignages suspects : l'enfant doit produire un commencement de preuve.

On nomme *commencement de preuve*, tout indice qui rend vraisemblable le fait allégué en justice.

Le commencement de preuve, en matière de filiation légitime, peut résulter de certaines écritures ou de présomptions : les tribunaux ont une appréciation discrétionnaire à cet égard.

Le législateur prend soin de déterminer, dans un article spécial (*voy.* art. 324), les écrits auxquels il entend conférer cette autorité; mais il s'en remet à la sagesse du juge sur l'appréciation des indices qui doivent servir de base à la preuve testimoniale, et se borne à déterminer leur caractère : 1° les faits doivent être *constants*.—Un fait contesté, qu'on ne pourrait établir qu'avec le secours des témoins, ne saurait évidemment remplir le but de la loi (4); toutefois, l'aveu du défendeur ne serait pas indispensable, si les faits résultaient d'un acte authentique; — 2° ils doivent être *assez graves pour faire naître le doute :* on donne pour exemples le cas de perte ou de non-existence des registres; le cas où l'enfant serait né à l'époque où la mère est accouchée; la pos-

(1) Toullier, n° 905, t. 2; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 80 et 89.

(2) Nous supposons le faux incident civil. — La voie du faux principal est interdite à l'enfant (*V.* art. 326 et 328). Dur., n°s 139 et 140; Merlin, Quest. d'état, § 1 et 2; Merlin, v° Maternité, Rép., n° 6; Zach., t. 5, p. 659; Proudhon, t. 2, p. 88; — Cass, 28 mai 1809 et 20 prairial an XII, Dev. Pal.

(3) Paris, 6 janvier 1834, Dev., 1834, 2, 131.

(4) Proudhon-Valette, p. 90. — On a jugé néanmoins que la possession d'état pouvant être prouvée par témoins, il n'y avait pas de raison pour exclure, dans notre espèce, la preuve testimoniale. — Cass., 19 mai 1830, Dev. Pal.; Bordeaux, 28 avril 1841, Pal., 1841, 2, 202.

session d'état qui aurait duré pendant un certain temps ; les actes de reconnaissance émanés d'un ascendant; quelques marques corporelles et visibles observées sur l'enfant, etc.

Nous signalerons, en terminant, une dérogation grave apportée par l'article 323 aux règles générales qui résultent des articles 1347, 1348 et 46 : l'article 1347 n'admet le créancier à la preuve testimoniale qu'autant qu'il s'appuie sur un commencement de preuve par écrit. — En matière de filiation *légitime*, la loi n'exige pas nécessairement qu'un écrit soit produit; elle se contente de simples vraisemblances résultant de faits graves et constants. — Mais aussi le commencement de preuve est de rigueur; dans aucun cas, l'enfant ne peut s'en affranchir.

L'article 323 s'écarte donc, sous ce rapport, non-seulement de l'article 1347, mais encore de l'article 1348, lequel dispense exceptionnellement le créancier de produire un commencement de preuve, lorsqu'il y a eu pour lui impossibilité de se procurer une preuve littérale; et même de l'art. 46, lequel laisse au juge la faculté d'admette de simples témoignages sans aucun préalable, pour établir la preuve du fait de l'accouchement, du mariage et du décès, lorsqu'il n'a pas existé de registres, ou lorsqu'ils sont perdus ou détruits. (*Voy.* p. 166, t. 1er.)

— Pourrait-on, nonobstant la réunion de l'acte de naissance et de la possession, désavouer l'enfant? ∽ La filiation légitime est prouvée, sans doute, mais le désaveu tend à renverser cette preuve; on peut même aller jusqu'à dire qu'il n'y a de désaveu possible qu'autant que la filiation est établie. (Zach., t. 3, p. 665.) ∽ Mais, observe avec raison Demolombe, n° 230, l'art. 322 suppose que l'enfant a la possession constante d'état d'enfant légitime, non-seulement à l'égard de la mère, mais encore à l'égard du mari : or, comment concevoir qu'un enfant qui réunit les conditions déterminées par l'article 322 soit exposé au désaveu?

324 — Le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante.

= En principe, le commencement de preuve par écrit doit nécessairement émaner du défendeur ou de celui qu'il représente. (*Voy.* article 1347.) Mais la loi, toujours favorable à l'enfant légitime, en matière de réclamation d'état, exige seulement que les écrits n'apportent avec eux rien qui puisse faire suspecter leur témoignage.

Les pièces auxquelles ce caractère de sincérité est légalement attribué sont : 1° les titres de famille ; — 2° les registres et papiers domestiques du père ou de la mère : comme ils ne sont pas destinés à faire preuve complète, on ne distingue pas, comme dans le cas de l'article 46, si les père et mère sont *vivants* ou s'ils sont *décédés;* — 3° enfin, les actes publics ou même privés émanés d'une partie engagée dans la contes-

tation, ou qui *y aurait intérêt*, c'est-à-dire, qui aurait un intérêt *contraire* à celui du réclamant, si elle était vivante : on donne pour exemple une pièce écrite par un frère décédé, dont l'état ne serait pas contesté.

On s'accorde à décider que cette énumération est limitative : ainsi, le tribunal ne devrait pas avoir égard, par exemple, à une pièce émanée d'un tiers qui n'aurait aucun intérêt dans la contestation (1).

Il est bien entendu que l'appréciation du degré de vraisemblance qui peut résulter de tel ou tel écrit appartient aux tribunaux (2).

— Des lettres missives pourraient-elles servir de commencement de preuve? Devrait-on les considérer comme des titres de famille? — Si la loi admet des registres domestiques, de simples cahiers tenus pour se rendre compte du service intérieur de la maison, pourquoi rejetterait-on une lettre missive écrite, par exemple, à une sage-femme, à un instituteur, à l'enfant lui-même?—En matière d'obligations conventionnelles, une lettre pourrait sans aucun doute servir de commencement de preuve : pourquoi lui refuserait-on cette autorité en matière de réclamation d'état?—D'ailleurs, le mot *acte*, qui seul fait naître le doute, a un sens large : il comprend tout écrit, en général, susceptible d'établir un droit.— L'énumération faite par l'article 324 prouve évidemment que ce mot est employé ici dans cette acception (3).

325 — La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère.

= Lorsqu'un enfant a recours à la preuve testimoniale pour établir son état, la preuve contraire est de droit, sans adminicule préalable, conformément aux règles générales de la procédure : la position du défendeur diffère essentiellement sous ce rapport de celle de l'enfant; pas de difficultés.

Mais supposons que l'enfant soit parvenu à découvrir sa mère, c'est-à-dire, à démontrer le double fait de l'accouchement et son identité : quel sera contre le mari l'effet de cette preuve? l'application de la maxime *Pater is est* en sera-t-elle la conséquence nécessaire? Quel sera le degré d'autorité de cette présomption? Ces divers points doivent nous occuper spécialement ici.

Deux hypothèses peuvent se présenter :

La réclamation a été formée contre la femme seule ou contre ses héritiers, cas prévu par l'article 325 (1); le mari ou ses héritiers ont été mis en cause (4).

(1) Zach., p. 560; Demolombe, n° 245.

(2) Proudhon, Valette, p. 90; — Cass., 25 août 1812, 11 avril 1826, 28 février 1828, 17 avril 1930; Paris, 11 juin 1814, 16 et 22 novembre 1825, Dev. Pal.; Cass., 6 août 1839, Dev., 1839, 1, 562; Pal., 1839, 2, 203.

(3) Demolombe, n° 246; — Rennes, 29 juillet 1816, Dev. Pal.; Cass., 10 juin 1833; Paris, Caen, 5 juillet 1843, 2 mars 1814, Dev. Pal.

(4) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 73-75; Locré, Législ. civ., t. 6.

Première hypothèse : De graves présomptions s'élèvent contre la légitimité d'un enfant qui se trouve réduit, pour établir sa filiation, à faire entendre des témoins : la preuve de la maternité n'emporte plus alors nécessairement celle de la paternité, ou du moins la présomption légale n'a plus le même degré de force : tout porte à croire que l'enfant, s'il appartient à la mère, est le fruit de l'adultère; sans doute, il jouira des prérogatives de la légitimité si nul ne s'y oppose; mais, d'un autre côté, il ne sera pas nécessaire, pour le repousser, de recourir aux règles du désaveu : l'enfant prouve qu'il est né de telle femme, et il en conclut qu'il a pour père le mari de sa mère; le mari, ses héritiers ou autres, intéressés à contester sa légitimité, prouvent qu'il n'est pas fondé à réclamer le bénéfice de cette règle.

Nous disons ou *autres intéressés*, parce qu'il ne s'agit point ici du désaveu proprement dit, mais d'une défense à l'action dirigée par l'enfant, d'une exception qu'on ne peut restreindre par conséquent au mari et à ses héritiers. Les derniers mots de l'article 325 ne se réfèrent pas uniquement aux cas exceptionnels prévus par les articles 313 et 314, comme l'a prétendu Malleville; le texte de l'article 325 repousse cette interprétation, qui, d'ailleurs, rendrait l'article complétement inutile. Nous supposons que l'enfant est demandeur en réclamation d'état; il convient, par conséquent, de laisser à toute personne la faculté de repousser des prétentions mal fondées qui peuvent leur préjudicier : d'ailleurs, l'art. 325 n'est pas restrictif : lorsque la lutte s'engage, la défense doit être libre (1).

Les mêmes motifs doivent faire décider que l'on peut opposer à l'enfant, non-seulement la circonstance d'impossibilité physique de cohabitation, mais encore tous autres faits susceptibles d'établir qu'il ne peut avoir pour père le mari de la mère. La loi n'excepte aucuns moyens de preuve (2), pas même les présomptions. — Le juge est arbitre souverain : les règles que nous avons exposées sur la contestation d'état reçoivent ici leur application (3).

Demolombe, n° 258, va plus loin : suivant cet auteur, le jugement qui constate la maternité ne peut être opposé au mari, s'il n'a pas été mis en cause, même à l'effet de rejeter sur lui la charge de détruire la présomption légale de paternité : « Le jugement, dit-il, est, à l'égard de ceux qui n'y ont pas été parties, *res inter alios acta ;* il y aurait trop de dangers dans la doctrine qui rendrait le mari ou ses héritiers victimes de l'impéritie ou de la négligence avec laquelle la femme ou ses

(1) Demolombe, n° 260; Merlin, Quest., v° Légitimité, § 2; Caen, 17 mars 1847.

(2) Merlin, v° Légitimité, sect. 2, § 4, n° 7; Dur., n° 137; Proudhon-Valette, t. 2, p. 75 à 77; Zach., t. 3, p 660; Demolombe, n° 259; Toullier, n°s 594 et 895; — Bordeaux, 12 février 1838, Pal., 1838, 2, 559; Cass., 9 novembre 1809, 22 janvier 1811, Dev. Pal.; Riom, 7 juin 1844; Caen, 17 mars 1847, Dal., 1847, 2, 58; D., p. 44, 2, 147; D. A, 8, 585; Cass., 22 janvier 1840 et 22 février 1823, 1er mai 1849, D., 1849, 1, 198.

(3) Merlin, Quest., v° Légitimité, § 2; Zach., p. 661; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 75; Locré, Législ., t. 6; Rouen, 26 avril 1838, Dev., 1838, 2, 40.

héritiers se seraient défendus, ou souvent même de la collusion frauduleuse qu'ils auraient prêtée à l'attaque. » Tel est aussi l'avis de Proudhon (p. 74).—Mais cette interprétation nous paraît contraire à la lettre et à l'esprit de l'article 325 : la filiation maternelle une fois établie, la présomption de paternité en est une conséquence. Les règles sur la paternité et sur la filiation sont sous ce rapport exceptionnelles.

Deuxième hypothèse : En règle générale, un jugement n'a l'autorité de la chose jugée que vis-à-vis de ceux qui ont été parties ou qui ont été représentés dans l'instance (1351) : ce principe doit recevoir ici son application. Nous ne pensons même pas qu'après ce jugement, le mari soit admis à désavouer; car il a pu, comme la femme elle-même, combattre par tous les moyens possibles les prétentions de l'enfant. « Il est facile, dit Demolombe, n° 259, de justifier ici cette exception aux principes posés dans les art. 312 et 313 : c'est que cette situation insolite et extraordinaire est dès lors éminemment suspecte; c'est qu'enfin, pour tout dire d'un seul mot, il ne s'agit pas, de la part du mari, d'une demande en désaveu par laquelle il aurait à dépouiller l'enfant de sa légitimité, mais bien plutôt, d'une défense par laquelle il veut l'empêcher de l'acquérir; il se défend : donc tous les moyens sont ouverts. »— L'art. 325 est conçu dans les mêmes termes et dicté par le même esprit que l'art. 313; il laisse à la défense du mari une libre carrière: admettre le désaveu, dans l'hypothèse qui nous occupe, ce serait lui reconnaître la faculté de faire revivre une question jugée (1).

Ces deux points résolus, nous n'avons pas à nous occuper de la question de savoir par qui et dans quel délai peut être combattue la présomption de paternité : comme il ne s'agit point ici d'une action en désaveu, le mari n'est pas lié par les délais que déterminent les articles 316-318.

Mais on peut se demander s'il faut deux instructions distinctes et deux jugements séparés, à l'effet de statuer d'abord sur la maternité, puis sur la paternité, bien que le réclamant ait mis en cause le mari et la femme? Ordinairement, la preuve contraire, c'est-à-dire la contre-enquête, se fait simultanément par les deux époux; le même jugement qui statue sur la maternité statue en même temps sur la paternité : mais le mari pourrait, sans aucun doute, s'il jugeait que cela pût être utile à sa défense, demander la division, et se borner à rester dans l'instance pour combattre les prétentions du réclamant relativement à sa mère; sous la réserve de prouver ensuite, si le fait de la maternité est établi, qu'il n'est pas père de l'enfant.—Toutefois, il devrait, comme de raison, présenter cette fin de non-recevoir avant l'expiration des délais de l'enquête (2).

(1) Dur., § 3, n° 137; Zach., t. 3, p. 660; Toullier, t. 1er, p. 396; t. 2, nos 894 et 895; Proudhon, Valette, t. 2, p. 75-77; Demolombe, n° 659; Merlin, Rép., v° Légitimité, sect. 4, § 4. n° 7; —Poitiers, 29 juillet 1808; Cass., 9 novembre 1809, Dev. Pal.; Cass., 25 janvier 1831, Pal ; Bordeaux, 13 février 1838, Dev., 1838, 2, 406.

(2) Demolombe, n° 261; — Caen, 5 juillet 1843 et 24 juin 1846.

De l'autorité compétente pour prononcer sur la question d'état.

326 — Les tribunaux civils (1) seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état (2).

= L'état civil des citoyens est placé sous la protection spéciale des tribunaux civils : les tribunaux jugeant au correctionnel, les juges de commerce et même les juges de paix sont incompétents pour connaître même incidemment des questions qui s'élèvent à cette occasion (3).

327 — L'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état.

= Les réclamations d'état, avons-nous dit, sont de la compétence exclusive des tribunaux civils; le plus léger doute ne peut même s'élever sur ce point, lorsque la destruction de la preuve a été le résultat d'un accident. Mais il peut arriver aussi qu'elle ait été la suite d'une erreur; par exemple, que l'acte de naissance ait été falsifié ou altéré; qu'il y ait eu enlèvement, recel, substitution d'un enfant a un autre; en un mot, *suppression d'état* (4); ou même, quoique l'article 327 garde le silence sur ce point, qu'il y ait eu supposition d'un enfant à une femme qui ne serait pas accouchée (345 C. pén.) (5) : deux actions naissent alors simultanément : l'action *civile* et l'action *publique*. — De droit commun : « L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant » les mêmes juges que l'action publique. — Elle peut aussi l'être sépa- » rément; dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été » prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pen- » dant la poursuite de l'action civile (art. 3 Inst. crim.). » — De la ce vieil adage : *Le criminel tient le civil en état.* (Pr., art. 239 et 240.)

Ces règles sont-elles applicables en matière de réclamation d'état? Peut-on porter l'action civile incidemment devant la juridiction criminelle? peut-on saisir la justice répressive avant qu'il n'ait été statué sur la question d'état? Tels sont les points à examiner. Déjà nous avons vu que l'article 325 enlève formellement à la juridiction criminelle la

(1) Première instance et cour d'appel : les tribunaux de commerce sont incompétents.

(2) Inexactitude : les tribunaux seuls sont également compétents en cas de contestation d'état.

(3) Merlin, Quest. d'état, § 1er, nos 2 et 3; Zach., p. 666.

(4) Il y a suppression d'état lorsque, par une fausse déclaration faite à l'officier de l'état civil ou par toute autre manœuvre frauduleuse, on dépouille un enfant de la filiation qui lui appartient.

(5) Il faut en effet appliquer à la supposition de part les règles établies sur la suppression d'état; car il y a même raison de décider. — Merlin, Rép., vo Supposition de part, § 2, no 2; Quest., Question d'état, § 1er; Carnot sur l'art. 345, C. pén.; Mangin, no 186; Zach., p. 666; — Cass., 20 prairial et 10 messidor an XII, 2 mars 1809, 24 juillet 1823, Dev. Pal.; 9 juin 1838, Pal., 1838, 2, 546; 30 mars 1813, Dev. Pal.

compétence indirecte qui serait résultée pour elle de l'article 3 Inst. crim. ; l'article 327, qui en est le corollaire, arrête et suspend l'action criminelle jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'intérêt civil : ainsi, la règle est renversée : c'est le *civil* qui *tient le criminel en état* (art. 227), lors même que l'enfant, après avoir introduit l'instance en réclamation d'état, aurait ensuite abandonné son action (1); la règle est absolue.

Pourquoi cette différence? Le législateur a voulu empêcher la violation indirecte du principe qui interdit la recherche de la filiation par témoins, sans commencement de preuve préalable (art. 423) (1) ; cette condition n'étant pas exigée en matière criminelle, pour que des témoins puissent être entendus. Il a craint que l'enfant ne procédât au criminel, par simple voie d'*information*, et ne parvînt ainsi à éluder la prohibition de l'art. 323; il a considéré que les juges civils n'auraient plus alors qu'un rôle secondaire. — En décidant que les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état, et que l'action criminelle ne pourra commencer qu'après le jugement sur l'action civile, on prévient ce danger; sauf ensuite à l'enfant à se porter partie civile au criminel pour obtenir des dommages-intérêts.

Il est dangereux, sans doute, de suspendre l'action criminelle quand il s'agit d'un fait qui intéresse au plus haut degré l'ordre social; mais la nécessité de protéger le repos des familles contre des témoignages souvent suspects l'a emporté sur toute autre considération.

Au surplus, le jugement qui fait droit à la demande ne préjuge rien sur le crime, puisqu'il est uniquement relatif à l'intérêt civil : la question de savoir comment l'enfant a perdu son état, si c'est par fraude ou par accident, appartient à la juridiction criminelle.

Si le réclamant avait échoué devant les tribunaux civils, l'action répressive ne serait pas éteinte assurément, puisque le fait matériel n'existerait pas moins; mais l'enfant ne pourrait se porter partie civile, car la question serait jugée à son égard.

Rendons-nous compte du but que le législateur s'est proposé par les articles 326 et 327 : il n'est pas entré dans sa pensée de suspendre l'exercice de l'action publique, mais seulement, nous le répétons, d'empêcher que l'enfant ne puisse employer ce moyen détourné, pour échapper à la nécessité d'un commencement de preuve. — Ainsi donc, la règle de l'art. 327 n'est vraie qu'autant que l'action criminelle se trouve essentiellement liée à l'action civile; nul doute que le ministère public pourrait agir, bien qu'il n'eût pas encore été statué sur la question d'état, si l'arrêt criminel ne devait préjuger en rien cette question; par exemple, en cas d'enlèvement, de suppression ou d'exposition d'enfant, d'altération matérielle ou de destruction totale d'un acte de nais-

(1) Dur., n° 165; Toullier, n° 903, t. 9, n° 151, t. 9; Zach., t. 3, p. 666; Demolombe, n° 270; Proudhon-Valette, t. 2, p. 93-96; — Cass., 20 prairial et 10 messidor an XII, 25 novembre 1808, 9 février 1810, 21 août 1812, 30 mars et 21 mai 1813, 24 juillet 1823, Dev. Pal.; 21 juillet 1851, Pal.; 9 juin 1838, Pal., 1838, 2, 546

sance, puisque, dans ces espèces, les poursuites n'auraient point pour résultat d'établir la filiation, mais de faire punir le crime. — Elles ne seraient point préjudicielles à l'action civile.

Cette distinction concilie parfaitement les articles 327 C. civ., 147 et 345 C. pén., dispositions qui, au premier abord, paraissent contradictoires (1).

Ne perdons pas de vue que les articles 326 et 327 C. civ. statuent seulement sur les réclamations d'état d'enfant légitime : on ne pourrait appliquer les mêmes règles au cas où il s'agirait de prouver la célébration d'un mariage (art. 190) : 1° parce que la loi n'exige pas, pour que ce fait puisse être établi par témoins, un commencement de preuve; — 2° parce que la célébration est un fait public, qu'un grand nombre de personnes, par conséquent, peuvent attester, tandis que la naissance peut avoir eu lieu secrètement ; — 3° parce que l'article 198 attribue compétence à la juridiction criminelle. Sans doute, la question de légitimité se trouvera tranchée implicitement; mais il n'y a rien là de contraire aux articles 326 et 327, puisque ces articles ne statuent que sur la preuve de la filiation.

D'ailleurs, toute considération doit tomber devant les termes formels de l'article 198 (2).

Il a été jugé que la disposition exceptionnelle de l'article 327 C. civ. s'étend à la suppression d'état des enfants naturels comme à celle des enfants légitimes; *ubi eadem ratio idem jus* (3).

Quelques mots en terminant sur la compétence du tribunal.

L'action relative à l'état de l'enfant peut être principale ou incidente :

Elle est *principale*, lorsqu'elle a pour objet unique, abstraction faite des droits qui peuvent s'y rattacher, de faire déclarer l'enfant légitime ou illégitime : cette action doit être portée devant le tribunal du domicile du défendeur, puisqu'elle concerne la personne.

Elle est *incidente*, lorsqu'elle prend naissance pendant le cours d'un procès ; par exemple, à l'occasion de la liquidation ou du partage d'une hérédité : — en ce cas, la question d'état est *préjudicielle*, c'est-à-dire qu'on doit la résoudre avant de statuer sur les droits des parties. — Le tribunal saisi de la contestation sur le fond peut en connaître, puisqu'il doit statuer sur tous les moyens invoqués, pourvu qu'il soit compétent *ratione materiæ;* ce qui suppose que c'est un tribunal civil qui se trouve saisi : un tribunal de commerce (Pr. 426), ou même un juge de paix, serait certainement incompétent (4). — Nous avons déjà

(1) Toullier, n° 905; — Cass., 24 juillet 1823, Dev. Pal.; 21 juillet 1831, Pal. Dev., 1832, 1, 107; 12 décembre 1823, D., p. 603, t. 8; S., 24, 1, 181; 26 septembre 1823, D., Cour d'assises, t. 4, p. 392; S., 24, 1, 107; 7 avril 1831, D., 1831, 1, 176; 10 octobre 1842, D., 1842, 1, 417; 8 mai 1828, D., 1828, 1, 238; 10 août 1836, Dev., 1836, 1, 545; 4 juillet 1840, Dev., 1840, 1, 796; Angers, 27 novembre 1829, D., 30, 2, 131; 21 juillet 1831, S., 32, 1, 407.

(2) Demolombe, n° 276 *bis;* — Grenoble, 9 décembre 1822, Dev. Pal.; D., Filiation, chap. 2, sect. 4, art. 2, n° 3.

(3) Mangin, t. 1er, n° 387; — Cass., 25 novembre 1808, Dev. Pal.; 12 mai 1834, Pal.

(4) Rép., Quest. d'état, § 1er, nos 1 et 2; Proudhon, p. 114, t. 2.

eu occasion de dire que le ministère public doit toujours être entendu dans les causes de cette nature (83 Pr.), et qu'elles ne peuvent être l'objet d'un compromis.

Caractère de l'action en réclamation et en contestation d'état.

328 — L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant.

= L'état civil tient essentiellement à l'ordre public ; par conséquent, il ne peut ni s'acquérir ni se perdre par prescription (1).

Ainsi, nonobstant une longue séparation de fait, les époux ne restent pas moins unis par mariage, et *vice versâ:*—ainsi, la cohabitation, quelque prolongée qu'elle ait été, ne peut conférer la qualité d'époux ; les bonnes mœurs réclameraient d'ailleurs contre un semblable fait. — Ainsi, celui qui, pendant nombre d'années, a passé pour fils de telle personne, ne peut venir exercer les droits attachés à cette qualité, s'il est clairement démontré qu'elle ne lui appartient pas (2);—d'un autre côté, quelque prolongé qu'ait été le silence d'un individu, il conserve, néanmoins, le droit de réclamer son état.

Le même motif doit faire décider que l'état civil ne peut être l'objet d'un compromis (2044), ou d'une transaction (2045); qu'on ne pourrait se prévaloir contre l'enfant d'un acte par lequel il aurait renoncé à son action, ou se serait interdit, pour un certain temps, la faculté d'agir (3).

Nous parlons seulement de l'état civil : les droits pécuniaires attachés à l'état réclamé ne sont point affranchis des règles sur la prescription : par exemple, si l'enfant exerçait une action en pétition d'hérédité, l'héritier apparent, détenteur des biens de la succession, serait sans aucun doute fondé à le repousser par une fin de non-recevoir résultant de ce que l'ouverture de la succession remonterait à plus de trente ans (art. 137 et 2262) (4).

Remarquons ces mots de l'article : *à l'égard de l'enfant.* Vis-à-vis de ses héritiers ou autres intéressés, l'action est donc prescriptible : les héritiers, en effet, n'ont que des intérêts pécuniaires à réclamer ; ce n'est point l'état, proprement dit, qui est l'objet de leur action, ce sont les droits utiles qui en résultent. Le droit change en quelque sorte

(1) Il n'est pas exact de dire, comme la plupart des auteurs, que l'état civil est imprescriptible parce qu'il est inaliénable ; cette conséquence n'est pas nécessaire; par exemple, l'immeuble dotal est inaliénable, et cependant il est prescriptible (1561).

(2) Zach., p. 665; — Rennes, 12 février 1824; Besançon, 12 juillet 1811, Dev. Pal. *Voy.* cep. Aix, 16 juin 1836, Dev., 1837, 2, 25, 1838, 1, 699.

(3) Douai, 26 décembre 1835, Pal.; Cass., 25 juin 1825 et 3 avril 1826, Dev. Pal.

(4) Proudhon, t. 2, p. 117 et 118; Toullier, t. 2, nos 910 et 913; Dur., no 154, t. 3; Delv sur l'article 329

de caractère au moment du décès de l'enfant : la règle générale reprend son empire. (*V.* toutefois l'article 330, quest.)

Les contestants sont non recevables (1), s'ils ont reconnu la qualité de l'enfant, soit expressément (2), soit tacitement ; par exemple, s'ils ont concouru à une délibération du conseil de famille relative à l'enfant considéré comme légitime (3) ; s'ils l'ont admis en cette qualité à un partage (4), etc. — Mais on ne pourrait se prévaloir contre eux des actes intervenus à une époque où ils n'avaient pas intérêt à repousser les prétentions de l'enfant, puisque ces actes n'emporteraient pas intention de renoncer (5).

329 — L'action ne peut être intentée par les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé, qu'autant qu'il est décédé mineur, ou dans les cinq années après sa majorité.

= Les héritiers se trouvent dans une position différente, suivant que l'enfant est mort sans avoir réclamé ou après avoir introduit l'instance :

Au premier cas, on distingue : si l'enfant est décédé mineur, même à un âge rapproché de sa majorité, on ne peut évidemment induire ni de son silence, ni d'aucun acte, qu'il ait renoncé à son action ; point de difficultés. — S'il était majeur, la loi, guidée par la nécessité d'assurer le repos des familles et de mettre le plus promptement possible un terme à la position précaire des tiers acquéreurs de biens auxquels l'enfant aurait pu prétendre, n'accorde à ses héritiers le droit d'agir qu'autant qu'il est décédé avant l'âge de 26 ans accomplis : s'il meurt après cet âge, l'action ne leur est pas transmise : vainement les héritiers offriraient-ils d'établir que l'enfant n'a jamais connu son état ; la loi ne distingue point ; elle présume qu'il s'est reconnu sans droit. — Cette présomption légale est une de celles qui sont dites, en droit, *juris et de jure* (1352), parce qu'elles excluent la preuve contraire (6).

Mais aussi, lorsque l'enfant est mort en minorité ou dans les 5 ans de sa majorité, ses héritiers se trouvent en son lieu et place ; ils peuvent en conséquence, comme il aurait eu le droit de le faire lui-même, introduire une instance nouvelle, bien qu'il ait laissé périmer la première ou qu'il s'en soit désisté : vainement les contestants se prévaudraient-ils de ces mots de l'article : *n'a pas réclamé*, pour en conclure que les héritiers ne sont plus recevables lorsque leur auteur a échoué dans une première instance : on répondrait, avec raison, que cette expression de l'article 329 a pour but unique, dans la pensée du

(1) Angers, 11 avril 1821; Montpellier, 4 février 1824; Cass., 13 novembre 1820, 18 avril 1820, Dev. Pal.; 27 decembre 1831, 24 juillet 1835; Montpellier, 2 mars 1832, Pal.; Pau, 20 janvier 1837, Pal., 1837, 1, 514.

(2) Paris, 18 janvier 1819; Douai, 15 novembre 1819, Dev. Pal.

(3) Montpellier, 4 février 1824, Dev. Pal.

(4) Cass., 13 avril 1820, Dev. Pal.

(5) Douai, 8 mars 1845, Pal., 1846, 1, 24.

(6) Toullier, t. 2, n° 910; Dur., n° 151, t. 3; Zach., p. 662; Demolombe, n° 294.

législateur, de mieux faire saisir la différence qu'il se proposait d'établir entre les deux hypothèses prévues par les articles 329 et 330 (1). — Vainement dirait-on qu'en évitant d'employer le mot *péremption*, la loi reconnaît implicitement que ce n'est point seulement l'instance, mais l'action qui se trouve éteinte (2) : elle n'a pu vouloir donner plus d'effet à une discontinuation de poursuites qu'à un désistement : or, il est certain que le désistement n'entraînerait que l'extinction de l'instance; d'ailleurs, la périphrase du texte rendait inutile l'emploi du mot *péremption*.

La loi ne s'explique pas formellement sur le délai pendant lequel les héritiers sont recevables à intenter la demande : à défaut de disposition spéciale sur ce point, il faut dès lors se référer aux principes du droit commun, et déclarer l'action prescriptible contre les héritiers par le délai de trente ans, puisqu'il s'agit d'une action pécuniaire.

La prescription commence à courir du jour du décès de l'enfant, époque à laquelle l'action cesse d'être imprescriptible.

L'article 329 suppose, ne le perdons par de vue, que l'enfant n'a eu de son vivant ni possession ni titre; s'il avait joui de la qualité d'enfant légitime, son silence aurait eu pour cause évidente la certitude de sa position dans la famille; ses héritiers pourraient en conséquence le représenter, et venir exercer en son lieu et place les droits qu'il aurait recueillis s'il eût été vivant, lors même qu'il serait mort après avoir accompli sa 26e année (3).

Recherchons maintenant ce que devient l'action en réclamation d'état après la mort de l'enfant.

330 — Les héritiers peuvent suivre cette action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût désisté formellement, ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de la procédure.

= Tant que l'homme est vivant, son état est imprescriptible; mais, après sa mort, la question change de nature : comme il ne s'agit plus que d'intérêts pécuniaires, la loi n'admet l'action des héritiers que sous certaines conditions et pendant un certain temps.

Nous avons parlé du cas où l'enfant est décédé mineur ou dans les cinq ans qui ont suivi sa majorité ; voyons ce qui arrive lorsqu'il est mort à l'âge de 26 ans accomplis, mais après avoir commencé l'instance.

Notre article décide que les héritiers peuvent continuer l'instance, sans égard à l'âge auquel l'enfant était parvenu; pourquoi? parce qu'il

(1) Dur., n° 157; Zach., t. 3, p. 663; Demolombe, n° 291.

(2) Locré, Delv., p. 90, n° 15; D., v° Filiation, p. 593 ; Merlin, v° Légitimité, sect. 4, § 2; D., Filiation, chap. 2, sect. 3, n° 4.

(3) Aix, 17 août 1808; Pau, 9 mai 1829, Dev. Pal.

avait donné vie à son droit en l'exerçant, et manifesté, par suite, la volonté d'user des avantages pécuniaires qui y sont attachés.

Toutefois, cette faculté leur est interdite dans deux cas :

1° Lorsque l'enfant s'est désisté de l'action (403 Pr.) : la position des héritiers diffère essentiellement, sous ce rapport, de celle de leur auteur : ce dernier, en effet, aurait été admis, nonobstant son désistement, à renouveler l'instance, puisqu'il n'a pu renoncer à son droit (328) (1). — Telle est l'interprétation que l'article a reçue au conseil d'État. Le projet posait en principe que les héritiers pouvaient suivre l'action « lorsqu'elle avait été intentée et non abandonnée par l'enfant. » Le sens du mot *abandon* était expliqué dans un article séparé ainsi conçu : « L'abandon résulte, ou du désistement formel, ou de la cessation des poursuites pendant trois ans, à compter du dernier acte de procédure. » — Lors de la communication officieuse, le tribunat ayant manifesté la crainte que la définition de l'abandon, par un article séparé, ne laissât supposer que l'enfant lui-même était privé du droit de renouveler l'instance, on a réuni les deux articles en un seul, afin de lever tous les doutes et de bien faire entendre que les héritiers seuls étaient frappés de déchéance.

2° Lorsqu'il a laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de procédure. — Quelques jurisconsultes voient dans l'art. 330 une prescription du droit (2); ce qui paraît contraire au texte : — d'autres pensent qu'il s'agit d'une renonciation ; que la péremption résulte de la loi ; qu'il n'est pas même nécessaire de proposer cette exception (3); qu'elle résulte du simple fait de la discontinuation des poursuites pendant trois années, à compter du dernier acte de procédure (397 et suiv. Pr.). Cette dernière opinion est également inadmissible : dès le moment où l'on reconnaît qu'il s'agit d'une péremption d'instance, pourquoi s'écarter des règles générales? Le Code civil a pu, dit Demolombe, n° 292, se borner à poser le principe, en laissant au Code de procédure le soin d'en régler les détails; le but essentiel de l'article 330 est celui-ci: permettre aux successeurs de l'enfant de continuer l'instance, si elle existe encore; or, elle existe encore, tant que la péremption n'a pas été demandée. Il s'agit ici d'une péremption ordinaire, c'est-à-dire, d'un simple abandon de l'instance.

Rappelons-nous que le jugement n'a l'autorité de la chose jugée que vis-à-vis des parties qui ont été en cause. On ne pourrait l'opposer aux héritiers qui n'y auraient pas figuré ; et réciproquement, ils ne pourraient s'en prévaloir (1351). L'état civil est bien indivisible dans son essence ; mais il ne l'est pas en ce qui touche les effets juridiques qui en découlent.

(1) Le désistement est un acte par lequel une partie déclare renoncer à ses prétentions (402 Pr.). — Locré, t. 6, p. 178 et 188; Dur., nos 144 et 156; Toullier, p. 194; Zach., t. 3, p. 662; Demolombe, nos 288 et suiv.

(2) Delv., p. 66, n° 8.

(3) Zach., t. 3, p. 662.

— Voyons maintenant quelles sont les personnes que les articles 329 et 330 désignent sous la qualification d'*héritiers :* et d'abord les enfants et descendants y sont-ils compris? ✓✓ Le mot *héritiers*, peut-on dire, est générique; il s'applique indistinctement, dans sa généralité, à tous ceux qui viennent exercer les droits du défunt; presque toujours les descendants seront seuls intéressés à renouer l'anneau qui les rattache à une famille : ainsi, l'action en réclamation d'état, placée sur la même ligne que l'action pécuniaire, enchaînée en quelque sorte à cette dernière action, s'éteint par la renonciation de l'enfant, notamment par le silence qu'il a gardé pendant cinq années depuis sa majorité.—Cette action est même, à l'égard des descendants, aliénable et prescriptible; ils ne l'auront qu'en qualité d'héritiers, c'est-à-dire, sous la condition d'accepter la succession (1). ✓✓ Cette théorie nous paraît contraire aux vrais principes : suivant nous, l'action en réclamation d'état doit avoir, dans la personne des enfants et descendants légitimes, les mêmes caractères et les mêmes effets que dans la personne de l'enfant lui-même; car il s'agit pour eux, non-seulement d'un intérêt pécuniaire, mais, surtout, de leur état personnel, de leur légitimité, de leurs droits de famille, d'un nom qu'ils ont intérêt à conserver, qui est leur propriété, et qu'ils tiennent directement de la loi : le petit-enfant est aussi un enfant; c'est son état propre qu'il réclame : il a pu négliger d'agir dans les délais déterminés par les articles 329 et 330, parce qu'il savait la succession de son auteur surchargée de dettes; mais conclure de là qu'il a renoncé à son état, qu'il est devenu étranger à sa famille, qu'il ne pourra plus se présenter pour recueillir, au lieu et place de son auteur, les successions auxquelles il aurait été appelé, s'il eût survécu, ce serait aller trop loin. Nous le répétons, les descendants n'agissent pas comme héritiers; ils se présentent en leur nom personnel, comme réclamant une famille, un titre, un nom : ce n'est point l'article 329, mais l'article 328 qu'ils invoquent (2).— Vainement objecterait-on que ce système aurait l'inconvénient de jeter l'inquiétude dans la famille, et de laisser les propriétés perpétuellement incertaines : nous répondrions que la loi a suffisamment pourvu aux intérêts pécuniaires, en déclarant prescriptible par 30 ans l'action en pétition d'hérédité; l'inconvénient n'existe donc pas. — Au résumé, l'action est inaliénable et imprescriptible dans la personne des descendants légitimes (art. 328) : — ils peuvent l'exercer indépendamment de tout intérêt pécuniaire, lors même qu'ils auraient renoncé à la succession de leur auteur, lors même qu'il serait mort plus de cinq ans après sa majorité sans l'avoir exercée, lors même qu'il aurait renoncé à son droit, ou aurait été déclaré mal fondé par une décision judiciaire devenue irrévocable. — Bien plus, il n'y a pas de raison pour interdire aux descendants la faculté d'exercer cette action du vivant de leur père, malgré lui, en le mettant en cause, puisqu'ils peuvent introduire l'instance de leur propre chef. En un mot, les articles 329 et 330 ne concernent pas les héritiers qui joignent à leur qualité celle d'enfant ou de descendant, qui peuvent venir par représentation; l'action en réclamation d'état est imprescriptible dans leur personne.

Du reste, la qualification d'*héritiers* comprend en général tous autres qui, à un titre universel quelconque, sont appelés, comme héritiers ou comme successeurs, à recueillir une partie des biens de l'enfant; tous sont frappés de

(1) Dur, nos 151, t. 2; 158 et 159, t. 3; Zach., t. 3, p. 664; Proudhon, t. 2, p 121; Toullier, t. 2, nos 910 et 914; Demolombe, nos 304 et 305; Zach., p. 662; D, Filiation, p. 593, no 5.

(2) Toullier, no 914.—*Voy.* cep. Dur., no 158; Proudhon, t. 2, p. 83; D., vo Filiation, p. 593; Demolombe, *ibid.*

déchéance après l'expiration des délais fixés par les articles 329 et 330 (1).

Du principe que les héritiers, autres que les enfants et descendants, sont appelés comme successeurs aux biens, résultent les conséquences suivantes :

1° Ils ne peuvent venir que par transmission ; en d'autres termes, qu'autant que le droit s'est ouvert au profit de l'enfant avant sa mort (725) ; — 2° ce droit est prescriptible et aliénable; — 3° les créanciers des successeurs peuvent l'exercer en vertu de l'article 1166. (Demolombe, n°s 284 et 301 ; *voy.* cep. Dur., t. 3, n° 160.)

Les créanciers de l'enfant pourraient-ils, de son chef, exercer l'action en réclamation d'état? ∽ Si cette action comprend des biens, disent quelques auteurs, ce n'est que par voie de conséquence; c'est l'état qui forme l'objet principal de l'action : or, l'enfant et ses héritiers, suivant les distinctions qui précèdent, sont seuls admis à former une semblable demande (2). ∽ Il nous semble que les créanciers doivent avoir la faculté d'invoquer tous les moyens susceptibles de garantir leurs créances : ne peut-il pas arriver que la réclamation d'état soit préjudicielle d'une question d'intérêt ; par exemple, lorsqu'il s'agit d'une pétition d'hérédité ?—La dénomination d'*héritier* comprend, selon nous, dans les articles 329 et 330, tous ceux qui ont des droits sur les biens de l'enfant à un titre quelconque (3).

Nous appliquerons les mêmes règles aux légataires particuliers de l'enfant, car on peut, jusqu'à un certain point, les considérer comme créanciers ; en ce sens qu'ils ont aussi le droit d'exercer les actions qui font partie de l'hérédité, pour obtenir le payement de leur legs. (Demolombe, n° 302 ; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 122, note *a.*)

CHAPITRE III.

DES ENFANTS NATURELS.

L'expression *enfant naturel* n'avait pas, en droit romain, le sens qui lui est donné par le Code civil. — A Rome, on divisait les enfants en trois classes : les enfants légitimes (*legitimi liberi*) ou issus de justes noces (*ex justis nuptiis*); — les enfants naturels (*liberi naturales*), fruit du concubinat, sorte d'union autorisée par la loi, mais qui cependant ne produisait pas d'effets civils ; — les *spurii* ou *vulgo concepti*, nés *ex vagâ venere*, en dehors de justes noces et du concubinat : on les considérait comme n'ayant point de père ; *quasi sine patre filii.*

La législation française n'a jamais admis qu'un seul mode de mariage : celui qui, contracté dans les formes prescrites, produit des enfants légitimes. Aussi, l'expression *enfant naturel* n'est-elle pas usitée dans nos

(1) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 119-124; Dur., n°s 158 et 159; Zach., t. 3, p. 662; Demolombe, n° 298; Toullier, n° 914; D., v° Filiation, p. 593, n° 5.

(2) Dur., n° 169, t. 3; n° 563, t. 10; Demolombe, n° 306; Revue étrangère et française de législation, t. 4, p. 689 et suiv.

(3) Delv., p. 90, n° 22; Merlin, v° Légitimité, sect. 4, § 1er; Toullier, t. 6, n°s 372 et 914; Valette sur Proudhon; Merlin, v° Légitimité, sect. 4, § 1er, Quest., v° Hypoth.; Favard, v° Nullité, § 4, n° 4; D., v° Filiation, p. 593; Zach., p. 336, t. 2; p. 663, t. 3.

textes coutumiers : on qualifie de *bâtards*, indistinctement, tous les enfants nés hors mariage.

Cette qualification n'a pas été reproduite par les lois intermédiaires (1), sans doute parce qu'on l'a considérée comme humiliante. Ces lois, en effet, parlent des *enfants nés hors mariage* : l'expression *enfants naturels* n'a même été employée que dans la deuxième rédaction du Code civil.

Sous cette rubrique : *enfants naturels*, la loi comprend ici tous les enfants illégitimes en général.

On distingue trois sortes d'enfants naturels :

1° Les enfants naturels proprement dits, c'est-à-dire, ceux qui sont issus de deux personnes qui, à l'époque où ils ont été conçus, auraient pu valablement s'unir par mariage;

2° *Les enfants adultérins*, ceux dont les père et mère ou l'un d'eux étaient, à l'époque où l'enfant à été conçu, engagés non entre eux, mais avec d'autres personnes dans des liens légitimes;

3° Les enfants *incestueux*, ceux qui sont issus de deux personnes entre lesquelles existait, quant au mariage, à l'époque où ils ont été conçus, un empêchement légal fondé sur la parenté ou sur l'alliance.

De même qu'il faut se reporter au temps de la conception pour savoir si un enfant est légitime ou naturel; de même il faut remonter à cette époque pour reconnaître s'il est naturel simple, incestueux ou adultérin. — Appliquez ici les règles que nous avons posées sous les articles 312 et suivants, en ayant toujours soin d'adopter le parti le plus favorable à l'enfant, c'est-à-dire, en prenant pour base, tantôt le plus long terme, tantôt le plus court.

Les enfants incestueux ou adultérins sont privés de tous droits de famille attachés à la naissance; mais la loi s'est montrée plus indulgente envers les enfants issus de deux personnes libres : elle permet de leur conférer, par une reconnaissance, les droits de filiation naturelle, et même de les élever, par la légitimation, au rang d'enfants légitimes.

Ce chapitre est divisé en deux sections : la première traite de la légitimation des enfants naturels, et la seconde de la manière de reconnaître ces enfants.

SECTION Ire.

DE LA LÉGITIMATION DES ENFANTS NATURELS.

Constantin avait introduit la légitimation par mariage subséquent, *per matrimonium subsequens*, en faveur des enfants déjà nés à

(1) *V.* lois des 4 juin et 31 juillet 1793, 15 thermidor an IV et 2 ventôse an VI.

l'époque de sa constitution; son but était d'engager les père et mère à sortir du *concubinatus*, pour contracter de justes noces : la légitimation supposait donc une filiation certaine, même à l'égard du père; aussi, ne s'appliquait-elle point aux enfants dits *spurii*, mais seulement à ceux qui, étant issus du concubinat, se nommaient *liberi naturales*. — Comme les enfants légitimés cessaient d'être *sui juris*, ce changement d'état ne pouvait s'opérer malgré eux.

La constitution de Constantin, renouvelée par Zénon, toujours dans le même but, n'a été admise comme règle générale que sous Justinien : — le concubinatus fut définitivement aboli par Léon le Philosophe (Nov. 91). La légitimation devint, à partir de cette époque, sans application possible (1).

Au moyen âge, le droit canonique fit revivre la légitimation par mariage subséquent : plus indulgent encore que ne l'avait été Justinien, il étendit ce bénéfice indistinctement à tous les enfants nés d'un commerce illicite, et voulut qu'il produisît son effet de plein droit, c'est-à-dire, indépendamment de la volonté soit des parents, soit des enfants. On trouve en effet, dans les Décrétales, au chapitre : *Qui filii sunt legitimi*, la règle suivante : *Tanta vis est matrimonii ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur.*

Une décrétale du pape Alexandre III décida, toutefois, que les enfants adultérins ne pourraient être légitimés : mais ce n'était là qu'une conséquence de la règle qui interdisait à l'époux coupable d'adultère, et à son complice, de s'unir par mariage : *quoniam legitimum matrimonium inter se contrahere non potuerunt.* — Lorsque cet empêchement fut levé, la légitimation devint possible; néanmoins, les docteurs ont toujours interprété la décrétale en ce sens, que les enfants conçus à une époque où le mariage était légalement impossible entre leurs père et mère, étaient exclus de ce bénéfice, parce qu'ils portaient en eux un vice ineffaçable.

Quant aux enfants incestueux, on ne trouvait à leur égard dans le droit canonique aucune règle d'exclusion. Il était admis qu'en accordant des dispenses pour le mariage, la cour de Rome aurait la faculté d'y joindre la clause expresse de légitimation pour les enfants déjà nés. —Toutefois, ces dispenses n'ont jamais été octroyées ni aux parents en ligne directe, ni à ceux de la ligne collatérale au degré de frère ou de sœur, de tante ou de neveu; mais seulement pour le mariage de l'oncle avec la nièce, de la tante avec le neveu.

L'empêchement résultant de l'alliance entre beaux-frères et belles-sœurs pouvait être également levé par des dispenses.

La jurisprudence distinguait deux sortes de dispenses : 1° celles que la cour de Rome accordait *facilement*, comme simple mesure de forme; ces dispenses étaient autorisées par le concile de Trente pour le mariage entre cousins germains; elles produisaient un effet rétroactif. — Par une sorte de fiction, le mariage était censé avoir été contracté, sinon

(1) Merlin, sect. 2, § 1er; Loiseau, p. 232 et suiv.; Rolland, n° 181.

légalement, du moins d'intention, à l'époque où l'enfant avait été conçu.

2° Les dispenses accordées *difficilement*, *cognitâ causâ* : elles ne produisaient d'effet que pour l'avenir, et, par conséquent, elles ne pouvaient légitimer les enfants nés antérieurement: telles étaient celles qui avaient pour objet le mariage entre l'oncle et la nièce, entre la tante et le neveu, entre beaux-frères et belles-sœurs.

Après ces données historiques, entrons plus spécialement dans l'examen de notre chapitre. Et d'abord, qu'est-ce que la légitimation?

La légitimation est une fiction légale, par l'effet de laquelle un enfant né avant le mariage est assimilé aux enfants légitimes issus du mariage.

Ainsi le Code rejette le principe de rétroactivité; il considère les enfants légitimés comme issus du mariage (333), et ne leur accorde, en conséquence, le bénéfice de la légitimité qu'à partir de la célébration.

Cette institution est de droit civil; dès lors elle ne profite qu'aux enfants nés d'un Français. — Elle constitue un statut personnel : ainsi, un enfant naturel sera légitimé, quoique le mariage de ses père et mère ait eu lieu en pays étranger; quand même les lois de ce pays n'admettraient pas la légitimation.

On ne doit point rechercher si, dans l'intervalle du temps où l'enfant a été conçu au mariage de ses père et mère, un empêchement légal à leur union a existé; auraient-ils pu se marier valablement à l'époque de la conception? réunissent-ils, au moment où ils se marient, les conditions voulues? tels sont les seuls points à examiner : *intermedium matrimonium non nocet legitimationi;* la règle est générale et absolue (1).

Nous disons que la légitimation est une *fiction légale*, parce qu'elle s'opère par le seul effet de la loi, même à l'insu des enfants, quoique les contractants n'aient pas exprimé leur volonté à cet égard, indépendamment de toute mention dans l'acte de mariage (2).

Nous disons que les enfants légitimés sont assimilés aux enfants *conçus* et *nés* pendant le mariage, parce qu'ils ne peuvent, au préjudice des tiers, élever de prétentions à aucuns droits ouverts antérieurement; parce qu'ils ne sont point réputés les aînés des enfants issus d'un mariage intermédiaire.—Bien que nos lois n'attribuent plus à la primogéniture aucun avantage particulier (*v.* Pothier, Traité du contrat de mariage, n° 425), cette observation a toujours son importance pour le règlement des droits relatifs aux substitutions qui ont été faites dans les termes de la loi du 17 mai 1826 (*voyez* article 1050), et à l'égard des *majorats* créés avant la loi du 12 mai 1835.

(1) Pothier, n° 421; Merlin, v° Légitimation, sect. 2, § 2, n° 11; Rolland, n° 198; Toullier, n° 923; Dur., n° 172, t. 3; Loiseau, p. 282; Zach., p. 670; Dal., Filiation, p. 605, n° 7.

(2) Pothier, Droits du mariage, n° 422; Delv., p. 86, n° 12; Dur., n° 179; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 167; Zach., t. 3, p. 670; Demolombe, n° 365.

331 — Les enfants *nés* (1) hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration.

=Remarquons, d'abord, que le mot *pourront* ne doit pas être pris à la lettre : ce n'est point une faculté que le législateur entend laisser aux époux; libre à eux de ne pas se marier, sans doute; mais, ainsi que nous l'avons vu, dès que les conditions exigées sont réunies, l'enfant se trouve légitimé par le seul fait du mariage, sauf à lui à contester la reconnaissance (2). Les père et mère ne peuvent modifier les résultats légaux que le mariage produit quant à l'état des personnes. Par cette expression, la loi se propose uniquement de faire entendre qu'un moyen leur est offert pour réparer la faute qu'ils ont commise.

Pour que la légitimation ait lieu, cinq conditions sont requises; il faut :

1° Que l'enfant soit issu des deux personnes qui se marient;

2° Qu'il ait été conçu avant le mariage;

3° Que l'enfant soit naturel simple, c'est-à-dire, qu'il ne doive le jour ni à un inceste ni à un adultère. Le vice qui entacherait son origine serait un obstacle à ce qu'il fût reconnu; or, la condition d'une reconnaissance est exigée pour que la fiction reçoive son effet.

Peu importerait que les époux eussent ignoré l'empêchement qui s'opposiat à leur union; ou même, qu'ils eussent été induits en erreur par des actes authentiques : aux yeux de la morale, ils ne sont pas moins en faute. D'ailleurs, le texte, conçu en termes généraux et absolus, refuse le bienfait de la légitimation à tout enfant né d'un commerce incestueux ou adultérin (3).

Il n'est point douteux que si une jeune fille a conçu avant l'âge de 15 ans accomplis, ou une femme veuve dans les dix mois de sa viduité, l'enfant sera légitimé (4).

4° Que les deux époux aient reconnu l'enfant avant leur mariage (simultanément par un seul et même acte, ou par des actes séparés), ou qu'ils le reconnaissent au plus tard dans l'acte de célébration. —La loi refuse à la reconnaissance postérieure au mariage l'effet de légitimer l'enfant; elle a craint que deux époux n'introduisissent ainsi dans la famille des enfants qui leur seraient étrangers, et ne se fissent de la légitimation un moyen facile d'adoption. Cette fraude n'était point à

(1) C'est-à-dire *conçus :* l'article 331 fait allusion à ce qui arrive ordinairement. — Nous avons parlé, art. 314, des enfants conçus avant le 180e jour du mariage.

(2) Dur., nos 179 et 189; Delv., p. 91, no 3; Merlin, Rép., vo Légitimation, sect. 2, § 2; — Paris, 28 décembre 1811, Pal. Dev.

(3) Merlin, Rép., vo Légitimation, sect. 2, no 10; Toullier, no 657, t. 1er; Demolombe, no 350. *Voy.* cep. Pothier, Successions, chap. 1er, sect. 2, § 5.

(4) Angers, 13 août 1806, Dev. Pal.

craindre au moment du mariage; car les époux ignorent s'ils auront des enfants. Attribuer des effets aux reconnaissances tardives, ce serait, disait le premier consul (1), « laisser les familles dans l'incertitude, et » donner la faculté de créer des enfants par consentement mutuel. » Tronchet, Reynier et Portalis se sont exprimés dans le même sens. « Dans le système opposé, a dit ce dernier, un individu pourrait, trente ans après le mariage, venir réclamer la qualité d'enfant et changer l'état de la famille; ce qu'on ne saurait admettre. »

La reconnaissance peut être *volontaire* ou *forcée*. — La reconnaissance volontaire doit résulter d'un acte authentique; mais l'inscription sur les registres de l'état civil n'est pas prescrite : il est de jurisprudence qu'un acte secret passé devant notaires remplit suffisamment le vœu de la loi; ce point a même été reconnu au conseil d'État (2). (*Voy.* au surplus nos observations sur l'article 334.)

La reconnaissance forcée produit, en ce qui concerne la légitimation, les mêmes effets que la reconnaissance volontaire, lorsqu'elle a eu lieu *avant le mariage*.

Mais elle ne saurait avoir, en ce qui concerne la légitimation, d'effets plus étendus : ainsi, encore bien que la recherche de la maternité soit admise (340), si une femme avait été, après son mariage, déclarée mère d'un enfant né antérieurement, cet enfant ne serait pas légitimé, quand même il aurait été reconnu avant le mariage par le mari de cette femme (3). — On objecte, il est vrai, que l'enfant avait le droit acquis de rechercher sa mère (340), et même son père, en certains cas (341); qu'en principe, les jugements ne sont pas attributifs, mais déclaratifs du droit; enfin, que l'intervention de la justice prévient tout danger de fraude (4).

Cette opinion ne peut se soutenir en présence du texte de l'art. 331 : il s'agit ici, ne le perdons pas de vue, d'une faveur, d'un bienfait de la loi : cette matière est soumise, par conséquent, à des règles exceptionnelles, règles fondées, ainsi que nous l'avons vu, sur l'intérêt des familles et sur l'ordre public; par conséquent, il faut les appliquer dans leurs termes stricts : or, la loi exige que la reconnaissance ait eu lieu avant le mariage, sans distinction entre le père et la mère; donc la reconnaissance postérieure ne suffit pas.

Peu importe, du reste, qu'un mariage intermédiaire ait eu lieu entre l'époque où l'enfant a été conçu et l'union de ses père et mère : l'enfant, quoique né durant le premier mariage, ne sera pas moins légitimé par le deuxième; car c'est l'époque de la conception qui fixe l'état de l'enfant.

(1) Séance du 14 brumaire an X.

(2) Locré, p. 212, t. 5; Toullier, no 926; Merlin, Rép., vo Légitimation, sect. 2, § 2, no 15; Demolombe, no 361; — Cass., 12 avril 1820; Douai, 15 mai 1816; Nîmes, 5 juillet 1819, Dev. Pal.; Paris, 15 décembre 1834, Dev., 1835, 2, 1, Pal.

(3) Delv., p. 86, no 12; Zach., t. 3, p. 671; Favard, Rép., no Légitimation. § 2, no 5, D.

(4) Dur., no 180, t. 3; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 146; Paris, 27 juin 1812, Dev. Pal.

Il suffirait, selon nous, que l'instance eût été introduite avant le mariage, bien que le jugement n'eût été rendu que depuis; car les jugements produisent en général un effet rétroactif au jour de la demande.

Lorsque ces diverses conditions se trouvent réunies, la légitimation s'opère de plein droit, par une conséquence nécessaire du mariage; c'est là un effet de la loi. — De même que l'enfant ne peut répudier la légitimation, de même il ne peut dépendre des père et mère de légitimer ou de ne pas légitimer leur enfant.

Quant aux enfants reconnus, pendant le mariage, par l'un et l'autre époux, ils ont les droits d'enfants naturels reconnus. (*Voy.* art. 337.)

— L'effet de la légitimation est-il attaché au mariage putatif? ⁂ (*Voy.* p. 491, t. 1er.)

L'enfant né d'un oncle et d'une nièce, de la tante et du neveu, d'un beau-frère et d'une belle-sœur (loi du 16 avril 1832), peut-il être légitimé par le mariage de ses père et mère contracté depuis en vertu de dispenses? ⁂ D'une part, on raisonne ainsi : le droit canonique voyait avec faveur un mariage qui devait avoir pour résultat d'effacer les traces d'une faute commise; il admettait, en certains cas, que l'effet des dispenses remontait à l'époque de la conception : cette doctrine était consacrée par notre ancienne jurisprudence, et rien ne démontre que le Code civil se soit écarté de ces traditions. — L'art. 331 exclut, il est vrai, les enfants incestueux du bienfait de la légitimation; mais il ne définit pas l'inceste; or, il serait trop rigoureux de donner ce nom au commerce de deux personnes entre lesquelles il n'existerait qu'un empêchement susceptible d'être levé par des dispenses.—Si l'on se reporte d'ailleurs aux travaux préparatoires du Code civil, on reconnaît que le mot *incestueux* s'est glissé dans l'article 331, par suite de l'habitude où l'on était de l'accoler toujours au mot *adultérin*.—Le projet portait : « Les enfants nés hors mariage d'un père et d'une mère *libres* pourront » être légitimés. » — Un autre article conçu dans le même esprit autorisait la reconnaissance des enfants nés d'un commerce *libre;* ce qui ne concernait que les enfants adultérins. — Le tribunat fit observer que la même prohibition devait s'appliquer aux enfants *incestueux*, et M. Bigot-Préameneu, chargé d'opérer cette rectification, fit au texte de l'article 331, adopté purement et simplement, un changement qu'il ne devait introduire que dans l'article 335. (Fenet, t. 10, Comp., p. 42-43, et p. 145-148.)—L'humanité, la morale, l'ordre social ne seraient-ils pas profondément blessés si les enfants devaient rester flétris, alors que leurs père et mère seraient absous par leur mariage; si l'on devait voir élever sous le même toit deux catégories d'enfants, les uns déchus de toute espèce de droits, les autres jouissant de tous les avantages de la légitimité? — Ajoutons que l'existence d'enfants qu'il faut légitimer est ordinairement la principale cause des dispenses (1). — Du moins faut-il admettre la légitimation en faveur des enfants conçus depuis l'obtention des dispenses (2).

Nous n'hésitons pas à rejeter ce système. Deux arguments de texte se présentent tout d'abord : d'une part, l'article 331 considère comme possible le mariage de certaines personnes qui ont eu des enfants incestueux; or, l'oncle

(1) Merlin, Quest., v° Révoc. de don, § 5, p. 580-582; Rolland de Villargues, n° 199; Malleville sur l'art. 331; Maguin, Minorités, t. 1er, n° 255.

(2) Toullier, n° 933; Dur., nos 26, 176 et suiv., t. 3; Loiseau, p. 261; D., v° Filiation, p. 605, n° 4; — Cass., 22 janvier 1812, S., 1812, 1, 161; Bourges, 14 mai 1809, S., 1809, 2, 206; Grenoble, 8 mars 1828; Dev., 1838, 2, 145.

et la nièce, la tante et le neveu, les beaux-frères et belles-sœurs, sont les seules personnes qui puissent se marier avec dispenses; donc, c'est de leur union qu'il est ici question. — D'autre part, ce même article n'admet la légitimation qu'en faveur des enfants qui ont été préalablement reconnus : or, l'article 335 interdit la reconnaissance des enfants incestueux; donc ils ne peuvent être légitimés, donc M. Bigot-Préameneu, en rectifiant l'article 335, a rectifié implicitement l'art. 331. — On objecte que le Code civil n'a point défini l'inceste : à quoi bon? Tout le monde sait que l'inceste consiste dans les rapports de deux personnes parentes ou alliées au degré prohibé pour le mariage.—Quant aux considérations de morale, loin de combattre notre système, elles viennent au contraire l'appuyer : rappelons-nous, en effet, que les dispositions des articles 331 et 335 ont eu pour objet de prévenir des espérances coupables et des désordres, par la crainte de ne pouvoir légitimer des enfants qui en seraient le résultat.—On voit combien nous sommes loin d'admettre que l'existence d'un enfant puisse devenir un titre pour obtenir des dispenses. — Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de distinguer si l'enfant a été conçu avant ou après l'obtention des dispenses; dans l'un et l'autre cas, les enfants ne seraient pas moins incestueux. Les dispenses sont accordées pour le mariage et non pour effacer les traces du concubinage. — Assurément il serait convenable d'établir une différence entre l'inceste, cause qui peut être effacée par une dispense, et l'adultère; mais la loi est absolue (1).

332 — La légitimation peut avoir lieu, même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants; et, dans ce cas, elle profite à ces descendants.

= Les mêmes considérations de morale qui ont fait accorder à l'enfant né avant le mariage le bénéfice de la légitimation, se présentent lorsqu'il s'agit de ses descendants *légitimes;* car les descendants ne sont en quelque sorte qu'une continuation de leur auteur.

Nous disons, de ses descendants légitimes; car les enfants naturels n'ont point de famille. — Il n'existe point de parenté civile entre un enfant naturel et les ascendants de ses père mère.

333 — Les enfants légitimés par le mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage.

= La légitimation confère aux enfants légitimés les mêmes droits qu'aux enfants nés du mariage : ainsi, les enfants légitimés entrent avec toute leur descendance légitime dans la famille des époux (332). — Mais remarquons ces mots : *que s'ils étaient nés de ce mariage :* ils expriment suffisamment que la légitimité ne date pour eux qu'à partir de la célébration (2) que la légitimation ne produit pas d'effet rétro-

(1) Demolombe, nos 554 et 555; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 165 et 168; Duvergier sur Toullier, t. 2, no 933, note *a*; Zach., t. 3, p. 672; Merlin, vo Légitimation, sect. 2, § 2, no 9; Favard, vo Légitimation, § 1er, no 1; Delv., p. 91, no 4; Revue de législation, p. 37 et 455, t. 8; Dev., 1838, 2, 149; — Orléans, 25 avril 1835, Dev., 1833, 2, 322, Pal.; Grenoble, 8 mars 1838, S., 38, 2, 145; Circulaire du garde des sceaux à l'occasion de la loi du 16 avril 1832, *Moniteur* du 29 du même mois.

(2) Rolland, nos 200 à 205; Toullier, no 929; Dur., no 187; Merlin, sect. 2, § 3, no 4.

actif au jour où l'enfant a été conçu; de là, les conséquences suivantes :

1° Les enfants légitimés ne peuvent réclamer aucune part dans les successions qui se sont ouvertes avant le mariage (1), quoiqu'ils aient existé à cette époque : ces successions sont irrévocablement acquises aux personnes qui les ont recueillies.

2° Si l'un des époux avait contracté un mariage intermédiaire, et que des enfants fussent issus de ce mariage, ceux-ci seraient civilement considérés comme les aînés, bien qu'ils fussent plus jeunes : si donc un legs était fait à l'aîné de la famille, ce serait eux qui le recueilleraient, à l'exclusion de l'enfant légitimé. (*V. suprà*, p. 116.)

Lorsque plusieurs enfants ont été légitimés par le mariage, quel est l'aîné? L'intérêt des enfants du premier lit est la seule cause qui empêche la légitimation de rétroagir au jour de la naissance ; dès le moment où cet intérêt n'existe pas, il faut rentrer dans la réalité : en cas de concours entre les enfants légitimés, la qualité d'aîné doit donc appartenir au premier né. (Demolombe, n° 372 ; Pothier, Contrat de mariage, n° 37.)

3° Les père et mère n'acquièrent qu'à partir du mariage, sur les biens des enfants légitimés, la jouissance accordée aux père et mère légitimes par l'article 384 sur les biens de leurs enfants. (Dur., n° 188; Zach., t. 3, p. 673.)

4° Enfin les donations entre-vifs faites par des personnes qui n'avaient point d'enfants au moment du contrat, sont révoquées de plein droit par la légitimation. Nous n'entendons parler, bien entendu, que des donations antérieures à la naissance de l'enfant; celles qui ont été faites postérieurement sont maintenues (960 et 961). — Ce principe sera développé plus loin (2).

SECTION II.

DES ENFANTS NATURELS.

Les enfants abandonnés par leurs père et mère ont droit à des secours et à une protection particulière ; le corps social dont ils sont membres prend soin de leur enfance et les protége lorsque, parvenus à un âge plus avancé, ils veulent entreprendre une carrière ou contracter mariage. Nous n'entreprendrons point d'exposer les mesures prises à leur égard; elles sont du domaine du droit administratif. (*Voy.* la loi du 15 pluviôse an XIII et le décret du 19 janvier 1811 sur les enfants trouvés.) La loi civile s'est uniquement occupée de la reconnaissance des enfants naturels et de ses conséquences.

(1) Merlin, sect. 2, § 3, n° 5; v° Succession, sect. 1re, § 2, art. 5, n° 4; Loiseau, p. 339; Rolland, n° 200; Toullier, n° 929; Dur., n° 187; Proudhon, p. 108; — Cass., 11 mars 1811; Paris, 21 décembre 1812. *Voy.* cep. Orléans, 16 février 1809, Dev. Pal.

(2) Merlin, sect. 2, § 3, n° 4; Rolland, n° 202; Grenier, t. 1er, p. 408 et 409; — Cass., 28 frimaire an XIII; Paris, 2 juin 1839, Dev. Pal.

Avant de commencer l'examen de cette matière, il importe d'avoir quelques idées sur la législation antérieure au Code.

De tout temps, les père et mère ont eu la faculté de réparer leur faute par un aveu volontaire; mais les règles sur la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, ont varié suivant les époques.

Notre ancienne jurisprudence admettait cette maxime dangereuse, encore en vigueur dans quelques pays étrangers : *Creditur virgini prægnanti.* Mais, d'un autre côté, les enfants illégitimes étaient traités avec une extrême rigueur : la reconnaissance, qu'elle fût volontaire ou forcée, avait pour seuls effets, dans la plupart des coutumes, de conférer à l'enfant le nom de sa mère ou celui de son père, s'il avait été reconnu par ce dernier, et de lui donner droit à des aliments. Ses auteurs ne pouvaient faire à son profit de dispositions à titre gratuit que dans certaines limites; et lors même qu'il n'avait rien reçu, il était exclu de leur succession.

Quant aux biens laissés par l'enfant au jour de son décès, s'il n'en avait pas disposé par testament, ils passaient à ses enfants légitimes; à leur défaut, à son conjoint; et à défaut de conjoint, soit au roi, soit au seigneur haut justicier.

Nos lois intermédiaires se sont ressenties de la réaction violente qui s'opérait contre les institutions de l'ancien régime.

Le 4 juin 1793, la convention décréta en principe que les enfants naturels viendraient à la succession de leurs père et mère dans la forme qui serait ultérieurement déterminée. — La loi du 12 brumaire an II (art. 2) leur conféra les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, non-seulement par rapport au père et à la mère, mais encore à l'égard des collatéraux : c'était là une mesure destructive des liens de famille, un acheminement à l'abolition du mariage. — Cet état de choses fut confirmé par la loi du 17 nivôse an II sur les donations et testaments.

Nous devons toutefois, à la loi de brumaire an II, une heureuse innovation : c'est elle qui a prononcé l'abolition de la règle *Creditur virgini*, en déclarant qu'à l'avenir, le père ne serait plus connu que par son propre aveu, constaté soit par des écrits publics ou privés émanés de lui, soit par une suite de soins qu'il aurait donnés sans interruption, à titre de paternité, à l'entretien et à l'éducation des enfants. — L'application du même principe fut étendue à la mère.

Les auteurs du Code ont sagement concilié l'intérêt que doit inspirer la position bien triste des enfants naturels, avec la faveur que mérite le mariage : ainsi, d'une part, l'article 334 maintient le principe de la reconnaissance volontaire, pourvu qu'elle n'ait point pour résultat d'imprimer à l'enfant la tache d'incestueux ou d'adultérin (335); l'art. 340 admet, sous les mêmes réserves, la recherche de la maternité; l'article 341 interdit la recherche de la paternité; il accorde néanmoins cette action dans le cas d'enlèvement. — D'autre part, le lien civil qui résulte de la reconnaissance est restreint au père et à la

mère ; il ne s'étend ni à leurs collatéraux, ni même à leurs parents en ligne directe. — Enfin, nous verrons (articles 338, 756 et suiv.) que l'enfant naturel ne peut prétendre qu'à une portion des biens héréditaires de ses père et mère.

Du reste, les droits et les devoirs de l'enfant naturel ont le même caractère que ceux de l'enfant légitime, puisqu'ils sont le résultat des rapports de paternité et de filiation (1). (*Voy.* art. 158, 383, 756, 765, etc.). Il faut, en conséquence, étendre au chapitre 3 les dispositions du chapitre 2, auxquelles il n'a pas été dérogé soit expressément, soit tacitement.

La reconnaissance d'enfants est l'aveu d'un fait ; elle n'est point attributive, mais déclarative du droit.

De ce principe il résulte :

1° Que ses effets remontent à l'époque où l'enfant a été conçu, sauf l'application des règles particulières sur la légitimation (art. 331 et suiv.) ;

2° Qu'à la différence des contrats, lesquels ne peuvent être opposés qu'aux parties contractantes, à leurs héritiers ou ayants cause, elle produit ses effets envers et contre tous, sauf les restrictions déterminées par l'article 337 ;

3° Qu'elle peut avoir lieu à toute époque, quel que soit l'âge de l'enfant ou de son auteur, quand même ils seraient mariés l'un et l'autre, quand même ils auraient des enfants (Demolombe, n°s 412 et 413) ;

4° Que l'action en réclamation d'état est inaliénable et imprescriptible : l'enfant ne pourrait, par une transaction, renoncer à rechercher son état ; et, de leur côté, ses père et mère ne pourraient s'interdire la faculté de le reconnaître : mais les intérêts pécuniaires peuvent être prescrits (appliquez ce que nous avons dit sous les articles 328, 329 et 330) ;

5° Que l'auteur de la reconnaissance doit être capable de manifester une volonté réfléchie; ce qui exclut celui qui est en état de démence (2), à moins qu'il n'ait agi pendant un intervalle lucide (3) ; en ce cas, il importe peu que l'interdiction ait été ou non prononcée. — Mais nous ne pensons pas que la capacité civile de contracter soit requise ; car il ne s'agit pas ici d'un contrat, mais d'une simple déclaration, de l'accomplissement d'un devoir, d'une affaire de conscience. (Zach., p. 40. *Voy.* cep. Loiseau, p. 476 et 477.)

Nous déciderons, par suite, que la reconnaissance peut émaner d'un individu frappé d'interdiction légale (Loiseau, p. 488), ou soumis à un conseil judiciaire (4) ; d'une femme mariée, même non autorisée de

(1) Troplong, Transaction, art. 2045, 2046, n° 67, t. 4, p. 82; — Cass., 12 juin 1838, Dev., 1838, 1, 695; 27 février 1839, Dev., 1839, 1, 161. *Voy.* cep. Paris, 3 juillet 1812, Dev. Pal.; Aix, 16 juin 1836, Dev., 1837, 2, 25.

(2) Bruxelles, 4 janvier 1821; Toulouse, 19 janvier 1815, Dev. Pal.

(3) Zach., p. 41; Loiseau, p. 487; Favard, v° Reconnaissance d'enfant naturel, sect. 1re, § 1er, n° 3.

(4) Douai, 23 janvier 1819, Dev. Pal.; — Loiseau, p. 483; Zach., p. 42.

son mari et de justice (arg. de l'article 337) (1); d'un étranger (Loiseau, p. 493, 811 et suiv.); d'un mineur émancipé non assisté de son curateur (2), ou d'un mort civilement (bien entendu que, dans ce dernier cas, elle ne produira que les effets compatibles avec les conséquences légales de la mort civile, c'est-à-dire, qu'elle ne donnera droit qu'à des aliments.—Enfin, on accorde cette faculté même au mineur non émancipé (3) : mais comment l'exercera-t-il? sera-ce par l'intermédiaire de son tuteur? Non, puisqu'il s'agit d'un acte étranger à l'administration de la personne et des biens, et par conséquent à la tutelle. — Le tuteur devra-t-il du moins être présent?— Son concours serait sans utilité; en quoi pourrait-il corroborer la déclaration de l'enfant? Il s'agit d'un acte de conscience, de l'aveu d'un fait qui a dû nécessairement échapper à la surveillance du tuteur. Sans doute, cet aveu entraînera des charges et par conséquent une lésion (1124-1305); mais, en matière de reconnaissance d'enfants, cette considération n'est que secondaire (Zach., p. 41).

6° Que la reconnaissance d'enfants peut être rescindée pour cause de violence, de dol ou d'erreur : c'est là une règle commune à tous les actes qui supposent une manifestation de volonté (arg. de l'article 1109) (4).

Si l'erreur vicie l'acte, à plus forte raison doit-il en être ainsi lorsque la déclaration est mensongère : ce qui arriverait, par exemple, si l'homme qui s'est attribué la paternité s'était trouvé, dans l'intervalle du 300e au 180e jour avant la naissance de l'enfant; dans l'impossibilité physique de cohabiter avec la mère (5) ; ou s'il était alors impubère, question purement physiologique qui doit se résoudre eu égard à l'état physique de la personne qui a reconnu l'enfant. — Observons que le juge n'a point à rechercher si cette personne était parvenue à l'âge requis pour contracter mariage (144) : en effet, le législateur n'a pas supposé que l'impuberté se prolongerait jusqu'à 18 ans pour les hommes et 15 ans pour les femmes; son but unique a été de prévenir, dans un intérêt d'ordre public, les unions prématurées (6).

La déclaration est réputée conforme à la vérité jusqu'à preuve du contraire : il n'y a pas de raison pour s'écarter ici de cette règle générale (7). Nous n'admettons pas que la seule déclaration de la mère

(1) Malleville sur l'article 337; Proudhon, t. 2, p. 102 et 105; Toullier, t. 2, n° 961; Dur., t. 3, n° 257; Loiseau, p. 413 à 415; Rolland, n° 241; Delv., t. 1er, p. 244.

(2) Aix, 3 décembre 1807, Dev. Pal.

(3) Delv., t. 1er, p. 238; Dur., n° 258; Zach., p. 40, t. 4; Proudhon. t. 2, p. 116 ; Toullier, n° 962; Dur., n° 258; Loiseau, p. 485, 510 et 514; Merlin, Quest., v° Paternité, § 2 ; Favard, Rép., vo Reconnaissance d'enfant naturel, sect. 1re, § 1er, n° 3; — Bruxelles, 4 février 1811; Toulouse, 19 janvier 1813; Cass., 22 juin 1813; Rouen, 10 mars 1815; Aix, 3 décembre 1807, Dev. Pal.; Douai, 17 mars 1840, Dev. 1840, 2, 255; Cass., 4 novembre 1835, Dev., 1835, 1, 785. *Voy.* cep. Revue de législation, t. 4, p. 43, Malpel.

(4) Loiseau, p. 503 et 504; Favard, Rép., v° Reconnaissance d'enfant, sect. 1re, § 5, art. 2, n° 3; — Cass., 29 août 1811; Toulouse, 24 juillet 1810; Rouen, 10 mars 1815, Dev. Pal.; Paris, 14 décembre 1833, Pal.

(5) Dur., t. 3, n° 261; Delv., p. 241, t. 1er; — Colmar, 11 mars 1819, Dev. Pal.

(6) Locré, Législ., t. 4, p. 316 et suiv.; Loiseau, p. 415, 479 et suiv.; Favard, Reconnaissance d'enfant, sect. 1re, § 1er, nos 1 et 2; Zach., p. 44; Maguin, t. 1er, n° 213; Rieff., n° 149; — Douai, 17 mars 1840, Dev., 1840, 2, 255.

(7) Delv., t. 1er, p. 241; Toullier, t. 2, n° 965; Dur,, t. 3, n° 260; Proudhon, t. 2, p. 117 et

puisse détruire l'effet de la reconnaissance antérieure du père. Cette proposition, faite au conseil d'État lors de la discussion, a été rejetée. (*V.* Fenet, p. 29 et suiv., t. 10) (art. 336).

7° Que la reconnaissance d'enfants est un acte essentiellement personnel : la filiation paternelle s'établit par l'aveu du père, et la filiation maternelle par l'aveu de la mère.

Ainsi, l'individu qui aurait été désigné, sans son consentement, comme père de l'enfant, dans un acte de reconnaissance émané de la mère, pourrait faire condamner l'auteur de cette déclaration comme diffamateur (loi du 17 mai 1819, art. 13 et 18) (1), obtenir des dommages-intérêts solidairement tant contre lui que contre l'officier public lui-même, car ce dernier aurait manqué à ses devoirs (arg. des articles 340 et 57 C. civ.), et faire ordonner la rectification. — Les mêmes actions seraient ouvertes à la femme qui aurait été désignée, sans son aveu, comme mère de l'enfant, dans l'acte de reconnaissance dressé sur la déclaration du père : mais il y a cette différence, qu'elle n'aurait point d'action contre l'officier public ; car l'usage admet qu'il ne peut se refuser à mentionner le nom de la mère, lorsqu'il est déclaré. Du reste, cette indication n'a point de force juridique; elle ne pourrait servir à l'enfant même de commencement de preuve par écrit dans une instance en réclamation d'état qu'il dirigerait contre la personne désignée, puisqu'elle serait étrangère à l'acte (1347).

Rien ne s'oppose à ce que le père et la mère naturels reconnaissent leur enfant par un même acte : si la reconnaissance est déclarée nulle par rapport à l'un, elle ne subsistera pas moins à l'égard de l'autre; car il n'y a pas indivisibilité (2).

8° Enfin, que la reconnaissance peut avoir lieu hors la présence et même contre le gré de l'enfant (3).

La reconnaissance des enfants naturels est volontaire ou forcée.

La reconnaissance volontaire résulte d'une déclaration faite *spontanément, dans les formes légales*, par le père ou par la mère de l'enfant.

Les articles 334, 340 et 341 semblent s'opposer à ce que la filiation naturelle s'établisse par la possession d'état. (*Voy.* toutefois art. 341, quest.)

La reconnaissance est dite *forcée*, lorsqu'elle résulte d'une déclaration judiciaire. Cette expression a été introduite par la doctrine; elle ne se trouve dans aucun texte (4).

En principe, la recherche de la maternité est admise; la recherche

120; — Cass., 8 décembre 1829, Dev. Pal.; Paris, *ibid.* — *V.* cep. Dur., t. 3, nos 262 et 263; Rouen, 15 mars 1826, Pal. Dev.

(1) Loiseau, p. 397 et 426; Malleville sur l'article 336; Rolland, n° 257; Toullier, n° 956; Zach., p. 45.

(2) Locré, Législ., t. 6, p. 148, art. 23; Loiseau, p. 494; Rolland, n° 256; Favard, Reconnaissance d'enfant, sect. 1re, § 3, art. 1er, n° 5 *Voy.* cep. Dur., n° 262, t. 3.

(3) Toullier, n° 963; Dur., n° 260; Proudhon, p. 181, t. 2; Loiseau, p. 495; Favard, *ibid.*

(4) Dans les dispositions du Code, le mot *reconnaissance* ne s'entend que de la reconnaissance volontaire (*v.* art. 335 et 342 combinés). — Au contraire, cette locution *enfants naturels reconnus* comprend ceux qui ont été reconnus soit par un acte, soit par un jugement.

de la paternité, au contraire, est interdite, si ce n'est dans le cas d'enlèvement (340 et 341).

La loi prévient les conséquences fâcheuses que pourrait entraîner l'indication d'une fausse paternité ou d'une fausse maternité, en laissant à toute partie intéressée la faculté de contester la reconnaissance.

L'enfant naturel qui veut recourir à la preuve testimoniale pour établir son état, doit être porteur d'un commencement de preuve par écrit : sa position est moins favorable que celle de l'enfant légitime, puisque ce dernier est admis à ce genre de preuves sur de simples présomptions ou indices.

Passons aux effets de la reconnaissance.

La reconnaissance est en principe irrévocable de la part de celui de qui elle émane, à moins qu'elle ne soit entachée de nullité.

Elle produit des effets, soit quant à la personne, soit quant aux biens.

Quant à la personne, l'enfant prend le nom de son père, ou celui de sa mère, s'il n'a été reconnu que par sa mère.—La reconnaissance postérieure à l'acte de naissance équivaut à celle qui aurait été faite dans cet acte.

L'enfant se trouve placé sous la puissance paternelle de ses père et mère; en conséquence, les articles 158 et 383 lui deviennent applicables.

Bien que le lien civil formé par la reconnaissance d'enfants se trouve restreint au père et à la mère, il produit, ainsi que nous l'avons vu, art. 161 et 162, les mêmes empêchements au mariage que si l'enfant était légitime : des considérations de morale et d'ordre public le veulent ainsi.

Les père et mère naturels doivent à leurs enfants des aliments (cette obligation est réciproque) (207) ; ils sont également tenus du devoir d'éducation; mais il va de soi que ce devoir est moins étendu que par rapport aux enfants légitimes.

Quant aux biens, l'enfant naturel acquiert des droits sur la succession de ceux qui l'ont reconnu (art. 338, 756 et suiv.). Il serait prématuré de les déterminer ici.

Des effets identiques sont attachés à la reconnaissance forcée et à la reconnaissance volontaire.

Toutes les dispositions relatives à l'un et à l'autre cas se trouvent confondues dans un même chapitre. D'ailleurs on ne voit pas de raison pour distinguer : que l'enfant ait été reconnu volontairement, ou que la filiation ait été constatée par jugement, la reconnaissance n'est pas moins légale (1).

(1) Merlin, Rép., v° Succession, sect. 2, § 2, art. 1er, et Quest., v° Maternité, p. 291, dit que l'enfant naturel dont la filiation n'a été constatée que par jugement ne peut prétendre qu'à des aliments; qu'il n'a point de droits héréditaires.— Mais cette doctrine est unanimement repoussée par la doctrine et par la jurisprudence; nous n'entreprendrons pas de la réfuter. (Demolombe, nos 538 et suiv.; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 161; Dur., n° 255, t. 3; Chabot, Succession, art. 756, n° 7; Delv., p. 90, n° 4; Rolland, nos 280 et 360; — Paris, 27 juin 1812; Rouen, 17 mars 1813, Dev. Pal.; Cass., 7 avril 1832, Pal.

Les enfants incestueux ou adultérins ne peuvent prétendre qu'à des aliments, même sur la succession de leurs auteurs. Cette faculté cesse lorsque le père ou la mère lui ont fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui a assuré des aliments (762-764).

De la reconnaissance volontaire.

La reconnaissance d'enfants est la déclaration solennelle que le père ou la mère fait de sa qualité.

La loi subordonne la validité de la reconnaissance volontaire à l'observation de certaines formes.

334 — La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance.

= L'acte de reconnaissance doit être en forme *authentique* (1). — L'authenticité a pour but : 1° de garantir que la reconnaissance a eu lieu avec réflexion et en pleine liberté ; — 2° d'assurer la conservation de l'acte.

On peut reconnaître un enfant de deux manières :

1° Dans son acte de naissance (art. 62) :—nul ne peut être désigné sans son aveu comme père ou mère de l'enfant (336) : ce principe s'applique dans toute sa rigueur à l'égard du père ; mais, comme la recherche de la maternité est admise en principe (340), l'usage s'est introduit de désigner la mère, bien qu'elle n'ait point manifesté la volonté de faire connaître son nom. (*V.* p. 125 et ce que nous avons dit sous l'article 57.)

Nous supposons ici que la reconnaissance est régulière en la forme, c'est-à-dire, que le père, présent à la rédaction de l'acte de naissance qui lui attribue, en termes clairs, précis, formels, la paternité, a apposé sa signature au bas de cet acte, en qualité de déclarant ou de témoin, sans qu'il y ait eu réclamation de sa part (2); — quant à la mère, on ne peut exiger, de sa part, ni signature de registres, ni même une reconnaissance; l'état de maladie où elle se trouve ne lui permet guère de se préoccuper d'affaires.

La reconnaissance peut avoir lieu avant la naissance de l'enfant (3); car les circonstances ne permettent pas toujours aux père et mère d'attendre ce moment pour satisfaire à leur conscience : ainsi, le père peut se trouver forcé de s'éloigner ou en danger de mort; la mère peut craindre de succomber dans les douleurs de l'enfantement, etc.;

(1) L'acte authentique est celui qui a été reçu par un officier public compétent et avec les solennités requises (1317).

(2) Bruxelles, 4 juillet 1811; Colmar, 24 mars 1813; Riom, 29 juillet 1809, Dev. Pal.

(3) Toullier, n° 555; Dur., n° 211; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 149; Loiseau, p. 421; Rolland, n° 247; Zach., t. 4, p. 46; Demolombe, n° 414; Rieff., Actes de l'état civil, n° 130; — Aix. 3 décembre 1807, 10 février 1806; Cass., 16 décembre 1811; Colmar, 11 mars 1819; Metz, 19 août 1824; Paris, 1er février 1812; Colmar, 11 mars 1819, Dev. Pal.; Grenoble, 13 janvier 1840, Dev., 1840, 2, 215; Pal., 1840, 2, 234; Orléans, 16 janvier 1847, D., 1847, 2, 19.

l'intérêt de l'enfant exigeait d'ailleurs qu'on leur laissât cette faculté.

Toutefois, il nous semble juste aussi d'accorder à l'auteur de la reconnaissance l'action en rescision, pour le cas où la conception remonterait à une époque où tout rapprochement entre lui et la mère était physiquement impossible (1). On doit même considérer comme fatal le terme qu'il aurait assigné à la naissance; par exemple, s'il a dit : Je reconnais l'enfant dont telle femme est enceinte, pourvu que cet enfant vienne au monde dans les 60 jours : la reconnaissance sera réputée non avenue, si l'enfant naît après ce terme ; sans qu'il y ait lieu d'exciper de la règle de l'article 315 (2). — Celui qui fait la déclaration est seul juge de son opportunité; elle doit être prise avec toutes les conditions qui s'y trouvent apposées.

2° Par un acte passé devant un officier public compétent (antérieur, ainsi que nous venons de le dire, ou postérieur à l'acte de naissance). — La loi ne prescrit pas de termes sacramentels ; elle n'exige même pas que l'acte ait été dressé *ad hoc* : il suffit que l'intention soit clairement exprimée, fût-ce d'une manière énonciative.—La reconnaissance peut avoir lieu par une phrase incidente, insérée dans un acte quelconque relatif à tout autre objet (3). Par exemple, elle résulterait suffisamment de la signature du père apposée au contrat de mariage de l'enfant, si cette qualité lui était donnée (4), même d'une procuration en forme authentique qui le désignerait comme tel (5). (Voyez *infrà*.)

La personne qui veut reconnaître un enfant peut se faire représenter par un fondé de pouvoir; cela n'est pas douteux : mais quelle doit être la forme du pouvoir? Quelques auteurs distinguent : suivant eux, l'authenticité est de rigueur pour la reconnaissance devant un officier de l'état civil (arg. de l'article 36); mais un acte privé, dûment enregistré, suffit, conformément à la règle générale de l'art. 1985, pour la reconnaissance devant notaires (6).—Nous n'hésitons pas à décider que, dans l'un et l'autre cas, la procuration doit être spéciale et authentique. Peu importe, en effet, le caractère de l'officier public : la reconnaissance ne constitue pas moins un acte de l'état civil (art. 36).—Au surplus, la question nous paraît tranchée par l'article 2 de la loi du 21 juin 1843, ainsi conçu : « A l'avenir, les actes notariés contenant donation entre-» vifs, donation entre époux pendant le mariage, révocation de dona-» tion ou désistement, reconnaissance d'enfants naturels, et les *procu-*

(1) Cass., 27 août 1811, Dev. Pal.; Paris, 24 décembre 1833, Pal.

(2) Douai, 13 mars 1841, Pal., 1841, 2, 497; Cass., 1er août 1843, Dev., 1843, 1, 926; — Demolombe, n° 415.

(3) Demolombe, n° 410; Zach., p. 53; Thémis, t. 2, p. 125 et 126;—Cass., 16 mai 1809; Bastia, 17 août 1829; Poitiers, 18 août 1810; Agen, 16 avril 1822; Bruxelles, 17 juin 1807; Riom, 29 juillet 1809 et 15 juin 1817; Colmar, 24 mars 1813; Bruxelles, 4 juillet 1811, Dev. Pal. — *Voy.* cep. Rolland, n° 227; Dur., n°s 213 et 214; — Cass., 16 mai 1809, Dev. Pal.

(4) Riom, 29 juillet 1809, Pal. Dev.

(5) Agen, 16 avril 1823, Pal. Dev.

(6) Dur., n°s 222 et 223, t. 3.

» *rations* pour consentir ces divers actes, seront, à peine de nullité, » reçus conjointement par deux notaires, ou par un notaire en pré- » sence de témoins (1). » — Du reste, que la procuration soit en minute ou en brevet, cela importe peu (2).

Par suite de ce qui précède, il est admis qu'on ne peut considérer comme authentique, ni la reconnaissance faite en vertu d'une déclaration contenue dans une lettre missive, quand même on annexerait cette lettre à l'acte rédigé par l'officier public (3); ni celle qui serait consignée dans un testament olographe (4). — Mais le legs fait à l'enfant par ce même testament produirait son effet nonobstant la nullité de la reconnaissance (*voy.* p. 135); car la désignation d'une fausse qualité ne vicie pas les dispositions à cause de mort; il suffit, pour leur validité, qu'il n'existe aucun doute sur l'individualité.

Quels sont les officiers publics compétents pour recevoir des actes de reconnaissance?... Dans le silence de la loi, on doit recourir à des inductions tirées des principes généraux (arg. de l'art. 1158).—Or, il faut se rappeler : 1° que l'état civil est placé sous la protection de l'autorité judiciaire; 2° que l'incompétence des officiers publics ne s'étend pas au delà de leur circonscription.

Cela posé, nous n'hésiterons pas à reconnaître qualité aux officiers de l'état civil, puisqu'il s'agit de constater des rapports de paternité et de filiation : leur compétence résulte de la nature même de leurs fonctions. Ajoutons que l'arrêté du 19 floréal an VIII a compris des modèles d'actes de reconnaissance parmi ceux relatifs aux autres actes que les officiers de l'état civil ont mission formelle de recevoir.

Il y a plus : d'après le projet, eux seuls devaient avoir qualité (Locré, Législ., t. 6, p. 31, art. 12); l'article 62 est même conçu dans cet esprit. Plus tard seulement, lors de la discussion de l'article 334, il parut convenable d'étendre ce pouvoir aux juges de paix et aux notaires, afin de faciliter les reconnaissances (5).

La loi n'attribue compétence exclusive à l'officier de l'état civil d'aucun lieu : elle est conçue en termes généraux. — Celui qui veut reconnaître un enfant peut se présenter devant un officier de l'état civil quel-

(1) Delv., p. 235 et 236; Demolombe, n° 407; Merlin, Rép., Filiation, n° 13; Rolland, n° 216; Loiseau, p. 429; Zach., t. 4, p. 51; Rieff., n° 149; Favard, Reconn. d'enfants; — Riom, 26 février 1817; Paris, 2 juin 1819; Caen, 22 juin 1824; Limoges, 27 août 1811; Cass., 4 octobre 1812, Dev. Pal.

(2) Rolland, n° 216; Merlin, Rép., Filiation, n° 13; Favard, sect. 1re, § 3, art. 1er, n° 2; Dall., v° Filiation, p. 628 et 629, n° 9; Paris, 1er février 1812. Dev. Pal.

(3) Cass., 11 août 1808; Rennes, 18 février 1809; Paris, 27 floréal an XIII, 2 janvier 1819. — *Voy.* cep. Bruxelles, 11 juillet 1808, Dev. Pal.

(4) Paris, 27 floréal an XIII; Rouen, 20 juin 1817, Dev. Pal.; Limoges, 6 juillet 1832; Cass., 7 mai 1833, Pal.; Nîmes, 2 juin 1837, Dev., 1837, 2, 317. — *Voy.* cep. Toullier, n° 953, t. 2; Merlin, v° Filiation, n° 8; — Cass., 3 septembre 1806. Cette opinion est fondée sur une confusion évidente de l'authenticité avec la solennité. D'ailleurs, elle se trouve en opposition manifeste avec le texte des articles 1317 et 999.

(5) Dur., nos 211 et 212; Locré sur l'article 334; Merlin, Rép., v° Filiation, n° 6; Malleville sur l'article 334; Loiseau, p. 451; Favard, v° Reconn. d'enfants naturels, sect. 1re, § 3, art. 2, n° 2; — Paris, 1er février 1812, Dev. Pal.

conque. Nous pensons, toutefois, que cet officier doit donner avis de la reconnaissance à celui du lieu où l'enfant est né, si ce lieu est connu, afin qu'il puisse en être fait mention en marge de l'acte de naissance, conformément à l'article 62. (Loiseau, p. 452 à 456; Zach., p. 47.)

Régulièrement, l'acte doit être rédigé dans la forme ordinaire des actes de l'état civil, et inscrit à sa date sur les registres (art. 62) (1) : on admet cependant que la rédaction sur feuille volante n'emporte pas nullité (*voy.* p. 164, t. 1er) (2).

Les notaires, agissant dans les limites de leur ressort et avec les formalités requises, ont également qualité. La loi du 25 ventôse an XI, art. 1er, les déclare compétents pour recevoir les actes auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère authentique attaché aux actes de l'autorité publique; or, l'acte de reconnaissance est de ce nombre (334) (3). — En conférant cette autorité aux notaires, le législateur a voulu, dans l'intérêt de l'enfant, offrir aux père et mère naturels un moyen de satisfaire à leur conscience sans livrer à la publicité le secret de leur faute. (Loi du 25 ventôse an XI, article 23) (4).

Mais toute contravention aux règles prescrites comme essentielles par la loi de ventôse emporterait nullité de la reconnaissance (5).

L'acte de reconnaissance peut-il être délivré en brevet? La jurisprudence paraît incliner vers ce système (6) : mais nous n'hésitons pas à le rejeter, comme subversif des règles de la matière : en effet, le législateur s'est proposé, avant tout, d'assurer la conservation et l'irrévocabilité des actes de reconnaissance ; or, ce but serait-il atteint si on se bornait à les délivrer en brevet? — On peut dire, il est vrai, par argument de l'article 931, que la loi prend soin de manifester expressément sa volonté, toutes les fois que l'acte doit être dressé en minute, et que l'article 334 garde sur ce point un silence absolu : mais observons que cet article a pour objet unique de poser le principe de l'authenticité : il faut recourir, dès lors, pour les formes à suivre, aux dispositions spéciales de la loi de ventôse. — L'article 931 s'explique, comme le fait observer M. Valette sur Proudhon, t. 2, p. 148, par cette circonstance, qu'il a été copié textuellement dans l'ordonnance de 1731, laquelle prescrivait une minute. — Au surplus, les articles 20 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI déclarent que les notaires doivent, à peine de nullité, conserver minute de tous leurs actes, excepté des actes simples, qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet : or, d'une part, l'ar-

(1) Poitiers, 28 avril 1810; Paris, *ibid.*, Dev. Pal.

(2) Paris, *ibid.*; Bourges, 10 août 1809; Amiens, 2 juin 1829; Metz, 19 avril 1824; Bruxelles, 11 juillet 1808, Dev. Pal.

(3) Malleville sur l'article 334; Loiseau, p. 451 à 452; Rolland, n° 219; Dur., n° 212.

(4) Merlin, Rép., v° Filiation, n° 6; Loiseau, p. 451; Rolland, n° 219; Dur., n° 212; Zach., t. 4, p. 49; Locré sur l'article 334.

(5) Rolland, n° 220; — Bruxelles, 12 janvier 1808, 16 décembre 1811, Dev. Pal.

(6) Favard, Rép., t. 4, p. 735; — Metz, 19 août 1824; Paris, 1er févr 1812, Dev. Pal.

ticle 334 ne fait pas exception à cette règle; d'autre part, on ne saurait soutenir qu'une reconnaissance d'enfant est un acte simple.

Rappelons ici que l'acte de reconnaissance reçu par un notaire n'est pas soumis à la transcription sur les registres de l'état civil : l'art. 62 C. civ., qui prescrit cette formalité, suppose que l'acte a été reçu par un officier de l'état civil; or, la faculté de reconnaître un enfant pardevant notaires a précisément pour but de procurer le moyen d'éviter cette publicité.—En un mot, le vœu de la loi est rempli, dès que l'acte est authentique (1).

La compétence attribuée aux notaires appartient *à fortiori*, nonobstant le silence de la loi, à l'autorité judiciaire, puisqu'il s'agit d'un acte de l'état civil : ainsi, l'aveu fait en justice (et nous considérons comme tel celui qui serait fait soit devant le tribunal assemblé, soit devant un juge, dans un interrogatoire sur faits et articles, ou dans une enquête; soit même devant un juge d'instruction) suffirait pour assurer l'état de l'enfant, pourvu que cette déclaration fût consignée dans un procès-verbal; car le juge commis représente le tribunal entier (2).

Les juges de paix sont également compétents, qu'ils siégent comme juges ou en conciliation (3) : sans doute, le procès-verbal qu'ils doivent dresser dans ce dernier cas n'emporte ni hypothèque ni exécution parée; mais ce n'est pas moins là un acte authentique émané de l'autorité judiciaire (4).

Les juges de paix peuvent-ils, comme les officiers de l'état civil et les notaires, recevoir des actes de reconnaissance, lors même qu'ils n'exercent pas un acte de juridiction contentieuse? Ce serait leur reconnaître une compétence plus étendue qu'aux tribunaux supérieurs; ce qu'on ne saurait admettre. Vainement argumenterait-on de l'article 353, qui charge spécialement les juges de paix de recevoir des actes d'adoption, et du titre 10 de la loi des 16-24 août 1790, qui leur impose l'obligation de dresser un procès-verbal des dires, aveux ou dénégations des parties sur les points de fait (5) : l'adoption est un acte

(1) Zach., t. 4, p. 49; Demolombe, nos 396 et 397; Locré, t 5, p. 230 et 231; Loiseau, p. 297; — Toulouse, 19 août 1824, D., 1826, 1, 225; Lyon, 29 décembre 1827, D., 1828, 2, 105; Cass., 5 juillet 1827, D., 1827, 1, 295; 21 juillet 1830, D., 1830, 1, 376.

(2) Merlin, Rép., vo Filiation, no 6; Demolombe, nos 395 et 398; Loiseau, p. 459 461; Rolland, no 219; Dur., no 212; Favard, Rép., vo Reconn. d'enfant naturel, sect. 1re, § 5, art. 2, no 4; Zach., t. 4, p. 49 et 50; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 149; — Grenoble, 15 thermidor an XIII; Nîmes, 11 juillet 1827; Colmar, 24 mars 1815, Dev. Pal.

(3) Dur., nos 212 et 221, t. 3; Loiseau, p 457; Zach., t. 4, p. 49; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 149; Malleville sur l'art. 334; Toullier, t. 9, no 120; t. 10, no 271; Merlin, vo Filiation, no 6; Demolombe, no 399; Favard, t. 4, p. 155; — Pau, 5 prairial an XIII, S., 1806, 2, 8; Grenoble, 14 ventôse an XII, 15 thermidor an XIII, S., 1807, 2, 955; Cass., 6 janvier 1808, S., 1808, 1, 86, Pal. Dev.

(4) Locré, Législ., t. 21, p. 252; Loiseau, p. 457; Dur., no 212; Grenoble, 14 ventôse an XII.

(5) Dur., no 212, t. 3; Rolland de Villargues, no 222; Loiseau, p. 457; D., vo Filiation, p. 628, no 5; Merlin et Favard.

de juridiction gracieuse, tandis que la reconnaissance d'enfant est un acte de l'état civil. Quant à la loi de 1790, elle suppose que les parties comparaissent devant le bureau de paix, c'est-à-dire, devant le juge de paix siégeant comme juge ou comme conciliateur; par conséquent, il n'y a point d'arguments à tirer de ses dispositions en faveur du système que nous combattons (1). — Le juge de paix n'est compétent pour recevoir une reconnaissance d'enfant, nous le répétons, que lorsqu'il statue sur une affaire litigieuse : la loi prend soin de s'expliquer formellement lorsqu'elle entend lui conférer des attributions spéciales en dehors de ses fonctions (353, 392, 398 et 477); une fois descendu de son siége, il n'a plus d'autorité que par exception : or, elle a gardé un silence absolu sur les reconnaissances d'enfants.

Que déciderons-nous à l'égard des greffiers de première instance ou de justice de paix? Suivant quelques arrêts, ils ont qualité pour recevoir des actes de reconnaissance, même hors la présence et sans le concours du juge (2) : mais, selon nous, il est inconséquent de leur attribuer des pouvoirs plus étendus que ceux de l'autorité dont ils sont appelés à constater les opérations : or, nous avons vu que les tribunaux et les juges de paix ne sont compétents que lorsqu'ils font un acte de juridiction contentieuse. D'ailleurs, les greffiers n'ont point reçu mission de la loi pour conférer l'authenticité à un acte (3).

Nous n'avons point à nous occuper des fonctionnaires de l'ordre administratif, tels que les préfets, les sous-préfets, les commissaires de police, etc. : évidemment, ils ne peuvent recevoir d'actes de reconnaissance, puisque l'état civil est du domaine exclusif de l'ordre judiciaire (4).

— La reconnaissance peut être faite dans un testament par acte public; cela n'est pas douteux (5). — Il n'est pas moins certain aujourd'hui, quoique cela ait été d'abord contesté (6), qu'elle ne peut être faite dans un testament olographe, puisque cet acte est sous signature privée (7).

Mais peut-elle résulter d'un testament mystique (976-979)? ✓✓ On dit, pour l'affirmative, que l'acte de suscription imprime au testament une sorte d'authenticité (8) : mais comment attribuer cet effet à la déclaration faite par le testateur, quelle que solennelle qu'elle soit? Le notaire n'affirme plus alors, *de visu*

(1) Zach., p. 50; Demolombe, n° 400.

(2) Cass., 15 juin 1824; Amiens, 2 août 1821, Dev. Pal.

(3) Merlin, Rép., v° Filiation, n° 6; Loiseau, p. 452-456; Zach., t. 4, p. 47; Valette sur Proudhon; Demolombe, n°s 402 et 405; Toullier, t. 1, p. 421; — Dijon, 24 mai 1817, S., 1817, 2, 278; Cass., 16 mai 1809, S., 1809, 1, 377.

(4) Paris, 22 avril 1833, Dev., 1833, 2, 226; Lyon, 31 décembre 1835, Pal.; Dijon, *ibid.*

(5) Merlin, v° Filiation, n° 7; — Paris, 2 janvier 1819; Amiens, 9 février 1826; Bastia, 5 juillet 1826, Dev. Pal.

(6) Toullier, n° 953; Merlin, Rép., v° Filiation, n° 8; — Cass., 3 septembre 1806, Dev. Pal.

(7) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 149; Loiseau, p. 464 et 465; Zach., t. 3, p. 51; Dur., n° 215, t. 3; Duvergier sur Toullier, t. 2, n° 953, note *a;* Chabot, Success., sur l'art. 756; Delv. p. 94, n° 3; — Paris, 27 floréal an XIII, S., 1807, 2, 764; Rouen, 20 juin 1817, S., 1817, 2, 423; Limoges, 27 août 1811, 6 juillet 1832, Dev., 1832, 2, 497; Nîmes, 2 mai 1837, Dev., 1837, 2, 317; Pal., 1837, 2, 285; 1er février 1843, Pal., 1843, 1, 299; Cass., 7 mai 1833, Dev., 1833, 1, 355.

(8) Delv., p. 90, n° 4; Dur., n° 217; Loiseau, p. 466 et 467; Merlin, Rép., v° Testament, sect. 2, § 3, art. 3, n° 29; Dal., Rép., v° Filiation, p. 628, n° 8; 23 mars 1811, Dev. Pal.

et auditu, qu'un aveu de paternité lui a été fait librement et avec réflexion, mais seulement qu'un papier lui a été présenté : il ignore complétement les dispositions que ce papier renferme ; dès lors, les garanties dont la loi a voulu entourer les actes de reconnaissance ne se rencontrent plus.—Des considérations graves peuvent empêcher le testateur de disposer ouvertement de ses biens : mais un père ne doit pas craindre d'avouer hautement sa paternité ; cette déclaration est un acte honorable et moral, une louable réparation de quelques instants d'erreur (1). — Il en serait autrement, si l'acte de suscription relatait la teneur du testament, en ce qui concerne la reconnaissance. (*Voyez* la question suivante.)

Le dépôt fait en l'étude d'un notaire, du testament olographe contenant reconnaissance d'enfant, remplirait-il suffisamment le vœu de la loi? ∽ Les raisons qui s'élèvent contre la validité d'une reconnaissance consignée dans un testament mystique, se présentent, *à fortiori*, lorsque ce testament est seulement déposé.— Des auteurs graves se prononcent, il est vrai, pour l'opinion contraire : Pourquoi, disent-ils, la reconnaissance ne serait-elle pas validée ainsi, alors que l'hypothèque constituée dans un acte privé acquiert par le dépôt fait chez un notaire (2127) (2) l'autorité qui lui manque? Au moment du dépôt, l'auteur de la reconnaissance ne jouit-il pas d'une entière liberté? — La réponse est toute simple : il est dans le vœu de la loi que l'officier public atteste lui-même, *de visu et auditu*, que la personne a bien compris le caractère et la portée de sa déclaration : or, le dépôt ne satisfait pas, sous ce point de vue, aux conditions exigées ; il faudrait pour cela que la teneur de l'acte déposé y fût relatée en substance ; ce qui a lieu, du reste, dans la pratique : alors seulement la reconnaissance acquiert l'authenticité voulue (3).

La reconnaissance par acte privé est-elle absolument dénuée d'effet? peut-elle recevoir un caractère authentique par la vérification ou par la reconnaissance d'écriture faite en justice? ∽ L'article 334, disent les uns, ne contient pas, comme l'article 931, ces mots : *sous peine de nullité;* par conséquent, on rentre dans la règle générale de l'article 1322, article ainsi conçu : « L'acte sous seing » privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, » a entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause la » même foi que l'acte authentique. » *Voy.* aussi les art. 193 à 195 Pr.—*Nec obstat* l'art. 340 : agir en reconnaissance ou en vérification d'écriture, ce n'est pas rechercher la paternité (Toullier, t. 2, nos 951 et 952). — La vérification, suivant d'autres, ne peut conférer à l'acte de reconnaissance l'autorité qui lui manque : mais il en est autrement de la reconnaissance d'écriture faite spontanément en justice ; il résultera de cet aveu une preuve authentique que l'auteur de l'acte a joui d'une pleine et entière liberté. (Arg. de l'article 1356) (4). ∽ Toutes ces distinctions sont contraires aux principes : la loi exige que la reconnaissance ait lieu par acte authentique ; cette règle est générale, inflexible et absolue ; une reconnais-

(1) Zach., t. 4, p. 52; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 149; Duvergier sur Toullier, t. 2, no 953; Demolombe, no 405; D., vo Filiation, p. 628, no 9.

(2) Merlin, Rép., vo Filiation, no 12; Favard, sect. 1re, § 3, art. 2, no 3; Toullier, no 951; Proudhon, t. 2, p 172; Dur., t. 3, nos 215 et 218; Rolland, no 221 : Chabot, vo Enfant naturel, § 4, no 4; — Cass., 11 juillet 1815, 3 septembre 1806, Dev. Pal.

(3) Zach., t. 4, p. 53; Loiseau, p. 464-472; Demolombe, no 406; Toullier, no 954; Rouen, 30 juin 1817, Dev. Pal.

(4) Dur., ns 224 et suiv.; — Delv., p. 90, no 4; p. 94, no 3; — Colmar, 24 mars 1813, S., 1814, 2, 2; Cass., août 1808, S., 1808, 1, 499; 16 novembre 1808, S., 1809, 1, 110; Amiens, 9 nivôse an XII; D., t. 8, p. 638, no 1; Rennes, 31 décembre 1834, Dev., 1836, 2, 506. Del. Pal.

sance ou une vérification postérieure ne peut donner vie àun acte qui n'a jamais eu d'éléments d'existence : que prouverait d'ailleurs un jugement? Qu'un acte a été fait; mais qui garantit que l'auteur de la reconnaissance a joui d'une entière liberté, qu'il n'a été ni trompé ni violenté? — On objecte que l'article 334 ne prescrit pas l'authenticité de l'acte *à peine de nullité :* les articles 1394 et 2129, relatifs au contrat de mariage et à la constitution d'hypothèque, renferment-ils ces mots? Cependant, qui oserait soutenir qu'un contrat de mariage ou une constitution d'hypothèque soient affranchis de la forme authentique? — Remarquons, enfin, qu'une demande en reconnaissance ou en vérification d'écriture ne serait en réalité qu'une recherche de paternité, recherche formellement interdite par l'art. 340, à moins qu'on ne se trouve dans le cas exceptionnel que cet article prévoit (1).

Quid, si celui a qui est attribuée l'écriture a fait en justice l'aveu de sa paternité? ∽ La position change : cet aveu, régulièrement constaté par le juge, constituerait une reconnaissance authentique. (Merlin, Rép., *ibid.*, n° 11; Zach., p. 56.)

La preuve de la maternité pourrait-elle résulter d'un acte privé? ∽ Du principe que la recherche de la maternité est admise (341), quelques auteurs concluent que l'acte de reconnaissance sous seing privé prend le caractère d'acte authentique à l'égard de la mère, lorsqu'il est vérifié ou reconnu en justice (2). ∽ Nous nous bornerons à répondre que l'article 334 ne fait aucune distinction entre le père et la mère; toutefois, l'acte de reconnaissance sous seing privé pourra servir de commencement de preuve (3).

L'acte sous seing privé contenant reconnaissance donnerait-il du moins à l'enfant reconnu le droit de réclamer des aliments? ∽ Cette question a été controversée autrefois : la reconnaissance, disait-on, bien que faite par un acte sous seing privé, impose à celui de qui elle émane, l'obligation de fournir des aliments, lors même que l'acte ne renferme sur ce point aucun engagement; car les aliments sont une dette naturelle : que la loi refuse à un acte semblable des effets civils, soit; mais elle ne peut modifier ceux qui sont imposés par la nature. Oserait-on valider le mariage qu'un père aurait contracté avec sa fille naturelle qu'il aurait ainsi reconnue (4)? ∽ Zach., p. 57, fait remarquer avec raison que la plupart des arrêts sur lesquels s'appuie ce système supposent que la reconnaissance est antérieure à la loi du 12 brumaire an II, époque à laquelle la recherche de la paternité était admise d'une manière illimitée. — Examinons donc la question eu égard à la législation qui nous régit : la reconnaissance par acte privé est nulle; dès lors, elle ne peut servir de base à l'obligation accessoire de fournir des aliments; il ne saurait y avoir de demi-preuves, ni de demi-recon-

(1) Demolombe, nos 420 et 421; Proudhon-Valette, t. 2, p. 172; Rolland, n° 332; Merlin, Rép., v° Filiation, §§ 9 et 10 add., n° 11; D., v° Filiation, p. 629, n° 10; Dur., t. 3, n° 266; Chabot sur l'article 756, Quest. transit., v° Enfants naturels, § 4, n° 3; Rolland, n° 332; Loiseau, p. 459, 460, 469 et 471; Zach., t. 4, p. 56; Dal., Filiation, n° 10; — Cass., 4 août 1812, S., 1813, 1, 139; Amiens, 9 ventôse an XII, Dev. Pal.

(2) Proudhon, t. 2, p. 173; Dur., n° 227, t. 3; Delv., p. 94, n° 3; Toullier, n° 950; — Bruxelles, 4 février 1811, S., 1811, 2, 199; 22 juin 1813, S., 1813, 2, 281; Paris, 25 prairial an XIII, S., 1807, 2, 4, Dev. Pal.

(3) Demolombe, nos 422 et 423; Zach., t. 4, p. 59; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 184; Duvergier sur Toullier, n° 950, note *a;* Chabot, Quest. transitoires, v° Enfants naturels, § 4, n° 3; Successions, sur l'art. 756.

(4) Delv., p. 98, n° 4; Proudhon, t. 2, p. 174-178; — Paris, 25 prairial an XIII, S., 1807, 2, 4; Angers, 25 thermidor an XIII, S., 1807, 2, 778; Nîmes, 28 janvier 1806, S., 1806, 2, 161 et 391; Grenoble, 5 mars 1810, S., 1810, 2, 134; Nancy, 20 mai 1816, S., 1817, 2, 149, Dev. Pal.

naissances : la loi présume que cet acte est le résultat de l'obsession ou d'une surprise. — Mais un argument qui nous paraît décisif se présente : en principe, l'obligation alimentaire doit être réciproque : or, l'auteur de la reconnaissance pourrait-il demander des aliments à l'enfant qu'il aurait ainsi reconnu? — Sans doute, il y a pour le père obligation naturelle de nourrir ses enfants; mais encore faut-il prouver l'existence de cette obligation (1).

Ce principe étant posé, nous déciderons, 1° que la reconnaissance par acte privé ne mettrait pas obstacle au mariage de l'enfant avec une personne que cet acte lui attribuerait pour fille, pour père ou pour mère (2); 2° que la promesse d'aliments, et même les libéralités faites par testament, en faveur de l'enfant, seraient maintenues, nonobstant la nullité de la reconnaissance.—Vainement argumenterait-on de l'indivisibilité du testament (3); vainement dirait-on que les dispositions testamentaires sont subordonnées, dans la pensée du testateur, au maintien de la reconnaissance : ce serait là tomber dans une pétition de principes : on peut, par acte privé, contracter l'obligation de nourrir un enfant; mais on ne peut le reconnaître dans cette forme.—Le testament prouve qu'un legs a été fait; il ne prouve pas la filiation du légataire ;— le principe de l'indivisibilité suppose que l'une et l'autre obligation sont conformes à la loi; or, cela n'a pas lieu dans l'espèce; donc, l'énonciation relative à la reconnaissance ne peut empêcher l'effet du legs (4).

On doit réputer valable, *à fortiori*, l'obligation contractée par acte privé de fournir des aliments à un enfant, si cet acte ne contient pas reconnaissance formelle : vainement objecterait-on que cette promesse, nulle comme donation, à raison de ce que la forme authentique n'a pas été observée, doit être également annulée comme obligation sans cause, aucun lien légal ne rattachant l'enfant à celui qui s'est chargé de lui fournir des aliments : l'obligation a une cause suffisante dans un sentiment intime, dans un scrupule honorable, qui peut très-bien subsister, alors que la paternité demeure incertaine, même aux yeux de celui qui s'oblige. Il s'agit, par conséquent, d'une obligation civile ordinaire (5).

Si le chiffre de la pension n'est pas fixé, il appartient aux tribunaux de suppléer à ce silence : ils peuvent ordonner, par exemple, que les aliments seront fournis à l'enfant jusqu'à ce qu'il ait atteint sa dix-huitième année (6).

Nous avons admis que la reconnaissance par acte privé ne donne pas droit aux aliments : que faut-il décider à l'égard des sommes déjà payées à ce titre? sont-

(1) Loiseau, p. 561 et suiv.; Dur., n° 231; Malleville, t. 2, p. 243 et suiv.; Merlin, Rep., v° Aliments, § 1er, art. 2, n° 8; Favard, Enfants naturels, § 1er, n° 4; Chabot sur l'article 756; — Rouen, 18 février 1809; Pau, 18 juillet 1810; Limoges, 27 août 1811; Cass., 4 octobre 1812; Dijon, 24 mai 1817, Dev. Pal.; Montpellier, 7 décembre 1843, Pal., 1843, 2, 291.

(2) Demolombe, n°s 424 et suiv.; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 178-180; — Paris, 22 juillet 1811, Dev. Pal.

(3) Merlin, Rép., v° Aliments, § 1er, art. 2, n° 9; — Paris, 22 juillet 1811, Dev. Pal.; D., Filiation natur., n° 216; Rolland, Rép., v° Enfants naturels, n° 84;— Nîmes, 2 mai 1837, 2, 317.

(4) Dur., n°s 228 et suiv.; Loiseau, p. 561 et 571; Toullier, n°s 951, 976 et 977, t. 2; Zach., p. 57, t. 4; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 178; Rolland, n° 234; Demolombe, *ibid.;* — Cass., 4 octobre 1812, 3 ventôse an X, 10 mars 1808, 26 mars 1807; Pau, 18 juillet 1810; Limoges, 27 août 1811, Dev. Pal.; Rennes, 31 décembre 1834, D., 1836, 2, 109.

(5) Rolland, Rép., v° Enfants naturels, n° 83; Zach., p. 58; Merlin, v° Fornication, § 2, n° 2; v° Aliments, § 1er, art. 2, n° 9; Demolombe, *ibid.;* Loiseau, p. 571; Dur., n°s 229 et 230; — Amiens, 7 juillet 1842; Montpellier, 7 décembre 1843, Dev., 1844, 2, 205; Bourges, 3 août 1844, Dev., 1845, 2, 600; D., *ibid.*, p. 659, n° 1; 635, n° 3; 660, n° 3; D., 1844, 2, 122; Paris, 2 janvier 1819; Cass., 10 mars 1808; Dijon, 24 mai 1817; Agen, 9 novembre 1823, 24 février 1825, Dev. Pal.

(6) Bordeaux, 5 août 1847 et 5 janvier 1848, D., 1848, 2, 97 et 98.

elles sujettes à répétition? ∽ Le payement a été sans cause, il est vrai : mais autre chose est d'imposer une obligation personnelle, autre chose est de statuer sur la restitution d'une somme : celui qui a reçu cette somme peut se retrancher derrière sa possession légitime. Nous excepterons seulement le cas où, à raison de son importance, on devrait la considérer comme un capital : le juge doit prononcer eu égard aux circonstances (1).

Si la reconnaissance a eu lieu dans un testament authentique, la révocation du testament emporte-t-elle aussi révocation de la reconnaissance? ∽ Pour l'affirmative, on dit : la révocation ne prive pas le testament de sa force probante ; cela est tellement vrai, qu'il peut revivre par la révocation de l'acte révocatoire. — Assurément, on peut disposer de ses biens en toute liberté ; mais une reconnaissance d'enfants n'est pas un bien ; c'est un aveu qui appartient à la société entière, lorsqu'il a eu lieu dans les formes légales. — Il serait contraire à l'ordre public et à la morale qu'un individu pût, au gré de ses caprices, quitter et reprendre la paternité qu'il aurait reconnue (2). ∽ Cette opinion est admise par les autorités les plus puissantes ; peut-être pourrait-on objecter qu'elle conduit à des conséquences bizarres : en effet, il faut admettre que l'enfant peut réclamer une pension alimentaire immédiatement après la confection du testament ; il faut attribuer ainsi des effets à un testament révoqué, et révéler du vivant du testateur le secret d'un acte qui n'était destiné à recevoir d'exécution qu'après sa mort : certes, rien ne serait plus regrettable. — Ajoutons que le testament est la pensée intime du disposant ; qu'il est destiné à rester secret ; qu'il demeure à l'état de projet jusqu'au moment de la mort du testateur. — Ces considérations, assurément, auraient moins de force, si la reconnaissance émanait de la mère ; car la recherche de la maternité serait permise malgré la révocation du testament : le testament révoqué servirait alors de commencement de preuves par écrit (3).

On admet généralement que la reconnaissance d'un enfant naturel peut avoir lieu après sa mort, quand il a laissé des enfants ; car elle profite à ces derniers (759) : mais *quid*, s'il est décédé sans postérité? ∽ La reconnaissance, disent quelques auteurs, ayant pour objet direct l'intérêt de toute la descendance, le décès de l'enfant rend cet acte impossible, lorsqu'il n'y a pas de descendants. — D'ailleurs, une reconnaissance aussi tardive est suspecte ; on doit craindre qu'elle ne soit dictée par une honteuse spéculation (4). ∽ Ces considérations, toutes morales, seraient pour nous déterminantes si les textes n'étaient formels : l'article 334 déclare bien que la légitimation peut avoir lieu en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants ; mais aucun texte ne pose cette restriction quand il s'agit de la reconnaissance. — Ne pourrait-il pas arriver que la reconnaissance eût été retardée par des événements indépendants de la volonté des père et mère ; par exemple, par des voyages ou par une affection mentale? — N'oublions pas, d'ailleurs, que la reconnaissance n'est que l'aveu d'un fait ; qu'elle n'est point attributive, mais seulement déclarative du droit : il faut donc toujours ramener

(1) Demolombe, n° 427; Paris, 3 août 1825, Dev. Pal.

(2) Dur., n° 219, t. 3; Rolland de Villargues, n° 237; Zach., t. 4, p. 62; Loiseau, p. 468; Merlin, Filiation et Révoc. de testament, n° 7, add.; — Cass., 22 mars 1837, Dev., 1837, 1, 305, Amiens, 9 février 1826, D., 1829, 2, 263; Bastia, 17 août 1829, D., 1829, 2, 229; Pothier, Don. test., ch. 6, sect. 2, § 3; Ajaccio, 5 juillet 1826, S., 1827, 2, 106; D., 1827, 2. 65; 17 août 1829, S., 1829, 2, 279; D., 1829, 2, 229.

(3) Demolombe, n° 455; Loiseau, p. 468 et 469; Merlin, v° Filiation, n° 7; v° Testament, sect. 2, § 6, n° 3.

(4) Delv., p. 6, n° 3, sur l'art. 334; — Paris, 25 mai 1835, Pal.

la question à ce seul point : la reconnaissance est-elle valable? Or, son efficacité n'est pas subordonnée à la condition que l'enfant naturel aura des descendants. —La reconnaissance, dit-on, ne peut avoir lieu que pour assurer l'état de l'enfant; entendons-nous : lui refuserait-on la faculté de rechercher sa mère, bien qu'elle fût décédée? —Au surplus, dans notre hypothèse, les tribunaux admettront facilement la contestation de maternité (1).—On fait encore le raisonnement suivant : nul ne peut être privé d'un droit acquis ; or, la succession de l'enfant non reconnu, décédé sans postérité, a été dévolue à l'État ou à ses légataires, donc le père ou la mère ne sauraient détruire, par une reconnaissance tardive, l'effet de cette dévolution (2). Mais rappelons-nous que la reconnaissance est l'aveu solennel d'un fait; que son but principal, le seul que la loi considere, est d'assurer l'état de l'enfant, de constater sa filiation : dès lors, comment, sans arbitraire, détacher de ses effets accessoires le droit de succession? sur quels textes se fonderait-on? Evidemment, l'État n'a pu recueillir les biens que sous la condition tacite que l'enfant ne serait pas reconnu dans les 30 ans (3).

Nous avons vu que la reconnaissance est annulable pour cause de violence, de dol ou d'erreur (1109, 1116) : mais suffit-il que la reconnaissance ait été libre et réfléchie? doit-elle être spontanée? Que faudrait-il décider, notamment, si elle avait eu lieu par voie de transaction ou autrement? ∿ Avant la loi de brumaire an II, la recherche de paternité, disent quelques auteurs, pouvait avoir lieu ; en sorte qu'il ne restait souvent à l'homme soumis à de semblables poursuites d'autre ressource que celle de reconnaître l'enfant par voie de transaction : une semblable reconnaissance était annulable, non-seulement pour défaut de spontanéité, mais encore pour défaut de liberté : la loi de brumaire ayant soumis la recherche de la paternité à certaines garanties, il n'y a plus de raison pour frapper de nullité la reconnaissance qui résulte d'une transaction (4). ∿ Si la reconnaissance peut résulter d'un aveu judiciaire, disent d'autres auteurs, ce n'est que dans une instance étrangère à la recherche de la paternité, lorsque le père demande lui-même acte de sa reconnaissance : hors ce cas, l'aveu de la paternité doit être spontané ; il serait comme non avenu s'il avait eu lieu sur les poursuites de l'enfant. (Loiseau, p. 505.) ∿ Il nous est difficile de considérer une poursuite judiciaire comme un acte de violence ; ce ne peut être là qu'une question de fait : tout se réduit à savoir s'il y a eu défaut de liberté (5) ; si l'action en justice est permise ou si elle est illicite.

Nul doute que l'auteur de la reconnaissance peut demander l'annulation pour causes de violence, d'erreur ou de dol, car l'action est introduite principalement en sa faveur (arg. des articles 1304 et 1338). — Il est également certain qu'il pourrait invoquer, *à fortiori*, les nullités d'incompétence ou de forme dont l'acte se trouverait entaché.

(1) Loiseau, p. 444; Malpel, Successions, p. 165; Favard, v° Reconnaissance d'enfants, p. 732; Rolland, v° Enfant naturel, n° 27; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 150; Demolombe, n° 416.

(2) Dur., n° 265; Chabot sur l'art. 765; Zach., p. 66; — Cass., 22 juin 1813, Dev. Pal.; Paris, 25 mai 1835, Pal. Dev., 1835, 2, 292; Pau, 9 juillet 1844, Dev., 1845, 2, 10.

(3) Zach., t. 4, p. 66, n° 37; Demolombe, *ibid.*; Malpel, Succ., n° 165; Favard, Reconnaissance d'enfant naturel, sect. 1re, § 2, n° 5; — Cass., 26 avril 1824, Dev. Pal.

(4) Dur., n° 220, t. 3; Zach., t. 4, p. 12; Merlin, v° Bâtard, § 2, n° 3; v° Filiation, nos 11, 14 et 15; — Angers, 17 juillet 1828, Dev. Pal.

(5) Duvergier sur Toullier, n° 963, t. 1er; Demolombe, n° 432, Amiens, 11 floréal an XII, S., 1804, 2, 182; Pau, 5 prairial an XIII, S., 1806, 2, 8; Riom, 1er août 1809, S., 1810, 2, 265; Grenoble, 5 mars 1810, S., 1810, 2, 134; — Cass., 5 août 1807, S., 1807, 1, 376.

Mais l'admettrait-on à se faire restituer contre sa déclaration, sous prétexte qu'elle serait mensongère? Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : la matière des reconnaissances d'enfants intéresse l'ordre public ; la déclaration mensongère ne peut donc lier celui de qui elle émane. D'ailleurs, il n'est donné à personne de créer des rapports de paternité et de filiation qui n'existent pas réellement ; ce serait là une sorte d'adoption, faite en dehors de toutes les règles que la loi prend soin de déterminer (Zach., t. 4, p. 61). Comment admettre une semblable rétractation? elle serait odieuse : on parle de scandale ; mais il serait bien autrement grave si un homme, invoquant sa propre turpitude, pouvait être admis à prétendre qu'il a menti en s'attribuant mensongèrement la paternité d'un enfant. — Que dirions-nous, s'il avait épousé la mère de cet enfant depuis l'acte de reconnaissance? — En cette matière, l'aveu fait pleine foi ; — on ne peut se jouer de l'état des citoyens (1).

La reconnaissance, avons-nous dit, peut être annulée si elle a été le résultat de l'erreur, de la violence ou de la fraude : ces trois causes d'annulation peuvent-elles être proposées par l'enfant reconnu ! Suivant les principes généraux en matière d'obligations conventionnelles, ce sont là des moyens que l'auteur de la reconnaissance peut seul invoquer (Zach., t. 4, p. 60). Mais les termes de l'article 339 sont généraux et absolus : la reconnaissance peut être contestée par toutes personnes intéressées (2).

L'enfant a été reconnu par plusieurs personnes ; il n'a contesté aucune de ces reconnaissances : *quid juris?* Un auteur ne lui accorde que le droit de choisir: — Il faut aller plus loin : suivant nous, il exercera ses droits d'enfant naturel contre tous ceux qui l'auront reconnu ; sauf le droit de contester, réservé aux parties intéressées (339) (Demolombe, n° 477).

L'action en nullité de la reconnaissance est-elle prescriptible? peut-elle s'éteindre par la ratification? Oui, en tant qu'elle s'attaque aux droits pécuniaires ; mais l'état lui-même est inaliénable et imprescriptible ; par conséquent, la sincérité de la reconnaissance peut être contestée, nonobstant toute renonciation à l'action en nullité. — Cela posé, nous déciderons que l'action en nullité de la reconnaissance est toujours et en tout temps recevable de la part de l'enfant et de ses descendants, bien qu'ils soient déchus des droits pécuniaires attachés à l'état qu'ils réclament. — Quant aux héritiers collatéraux, ou autres successeurs, comme leur intérêt est purement pécuniaire, leur action est prescriptible et susceptible de s'éteindre par la ratification (Demolombe, n°s 451 et 452).

Mais par quel délai s'opérera la prescription? Suivant Loiseau, p. 512, l'action s'éteint par dix ans, lorsqu'elle est fondée sur l'erreur, la violence ou le dol, et par trente ans dans tous autres cas. — Nous pensons que la prescription ne peut s'accomplir que par trente ans (arg. de l'art. 2262), car il ne s'agit pas d'une convention proprement dites. — Du reste, le délai court du jour où la violence a cessé ; en cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ; et lorsque l'action est exercée par les héritiers, du jour du décès de l'auteur de la reconnaissance. (Demolombe, n° 451 ; Zach., t. 4, p. 61.)

335 — *Voyez* page 165.

(1) Demolombe, n° 437; — Colmar, 11 mars 1819, S., 1820, 2, 153; Paris, 14 décembre 1833, Dev., 1834, 2, 6.

(2) Demolombe, n° 439; — Bordeaux, 10 avril 1843, Dev., 1843, 2, 481; Douai, 7 juin 1842, Pal., 1842, 2, 209.

336 — La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père.

= La reconnaissance d'enfant est un aveu, un acte par conséquent essentiellement personnel : ainsi, le père ou la mère ne pourrait faire une reconnaissance d'enfants pour son fils ou pour sa fille, un tuteur pour le mineur ou l'interdit; le père pour la mère, et *vice versâ*.

Nous poserons même en principe que l'auteur de la reconnaissance ne peut *désigner* la personne avec laquelle il a eu l'enfant reconnu. — Toutefois, quelques auteurs établissent sous ce rapport une différence entre le père et la mère : nul doute, disent-ils, que la mère ne peut désigner l'homme à qui elle attribue la paternité; les articles 35 et 340 C. civ. s'y opposent : en cas d'infraction, ce dernier serait fondé à former contre elle et contre l'officier public une action en dommages-intérêts (*v.* t. 1er, p. 179), et même à la poursuivre personnellement en diffamation (1) : mais le père est admis, sous sa responsabilité, à faire connaître la mère; l'officier public qui reçoit la reconnaissance ne peut se refuser à énoncer cette déclaration.

Écartons d'abord un premier point : tout le monde tombe d'accord que l'indication de la mère, faite par le père, ne peut valoir contre elle reconnaissance; les art. 334 et 336 sont précis et formels : quelques auteurs argumentent des termes de l'art. 336 : « cet article porte, disent-ils, que la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père; donc, *à contrario*, la reconnaissance du père avec l'indication et l'aveu de la mère a effet même à l'égard de la mère. » — Mais quel sera l'effet de cette indication? Pourra-t-elle servir de commencement de preuve lorsque l'enfant recherchera sa mère? Non, puisqu'elle n'émane pas de la femme contre laquelle on veut s'en prévaloir (324, 1347). — Alors, à quoi bon l'autoriser? Il suffira ensuite à l'enfant, répondent les partisans de ce système, d'obtenir de la mère un simple aveu; cet aveu ne sera soumis à aucune forme spéciale; il pourra résulter d'écrits privés et même des circonstances : par exemple, de soins donnés à l'enfant; il s'identifiera en quelque sorte avec l'acte émané du père; il complétera cet acte; il participera ainsi à sa date et à son authenticité. On ajoute, enfin, que ces principes sont particulièrement vrais, lorsque la déclaration de maternité a eu lieu dans l'acte de naissance portant reconnaissance (2).

Cette théorie nous paraît contraire à l'esprit et à la lettre de la loi. Elle doit tomber devant les considérations suivantes :

(1) Loiseau, p. 397 et 426; Malleville sur l'article 336; Rolland, n° 257; Toullier, n° 956; Zach., t. 4, p. 45.

(2) Toullier, n° 927, t. 2; Toullier-Duvergier, n° 956, note 6; Dur., n° 245, t. 3; Zach., t. 4, p. 54; Proudhon, t. 2, p. 100; — Cass., 12 juin 1813, S., 1813, 1, 281; 26 avril 1824, S., 1824, 1, 317; D., 1824, 1, 153; 22 janvier 1839, Dev., 1839, 1, 6; Douai, 25 janvier 1819, S., 1820, 2, 102; Bordeaux, 19 janvier 1831, Dev., 1831, 2, 231; 15 février 1832, Dev., 1832, 2, 410; Paris, 20 avril 1839, Dev., 1839, 2, 249; 15 décembre 1834, D., 1835, 2, 33.

1° S'il était vrai que le père eût le droit d'indiquer la mère, il faudrait accorder cette même faculté aux docteurs en médecine, sages-femmes et autres personnes qui, ayant assisté à l'accouchement, sont tenues de déclarer la naissance (art. 56) : or, nul n'oserait aller jusque-là. Nous croyons avoir démontré (art. 57) que la mère ne peut être désignée sans son aveu.

2° Le législateur s'est proposé, par l'article 336, de rendre les père et mère naturels complétement indépendants l'un de l'autre, et nullement de porter atteinte à la règle de l'article 334, règle qui a pour but de garantir à l'auteur de la reconnaissance une entière liberté et de s'assurer qu'il agit avec réflexion : comment admettre, dès lors, que la loi ait entendu placer la mère à la merci des caprices du père; qu'elle puisse être privée, par une simple indication faite sans mandat, du bénéfice des articles 336 et 334?

Reportons-nous, au surplus, à l'historique de l'article 336 : c'était autrefois une question fort débattue que celle de savoir si la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, était valable. Locré, Législ. civ., t. 6, p. 30, nous apprend que la section de législation avait même proposé un article ainsi conçu : « Toute reconnais-» sance du père seul, non avouée par la mère, sera de nul effet tant » à l'égard du père que de la mère, sans préjudice néanmoins de la » preuve de la maternité et de ses effets contre la mère seulement. »

Dans la séance du 26 brumaire an X, on adopta la rédaction suivante : « La reconnaissance du père, si elle est désavouée par la mère, sera » de nul effet. »

Le but des auteurs de ces propositions avait été de prévenir le scandale de plusieurs reconnaissances d'un même enfant, et de mettre la mère à l'abri des désagréments qui seraient résultés pour elle d'une fausse déclaration : « La reconnaissance du père, disait le premier consul, pose sur un fait dont la certitude n'existe que par l'aveu de la mère; ainsi, cette reconnaissance ne prouve rien quand elle est isolée. La mère, qui est mieux instruite, pourrait venir ensuite et donner avec plus de vérité un père à l'enfant. »

La discussion fit reconnaître, néanmoins, qu'on ne pouvait subordonner la reconnaissance du père à l'aveu de la mère : « Quel désespoir ne serait-ce point pour un père, répondit M. Emmery, de ne pouvoir reconnaître son fils, si la disparition ou la mort de la mère rendait désormais impossible la condition de son aveu? » — Il aurait pu ajouter que la reconnaissance du père ne présente aucun inconvénient, dès le moment où elle peut être contestée.

On proposa, en conséquence, un article ainsi conçu : « La reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu. » Puis, finalement, cette disposition, modifiée dans ses termes, est devenue l'article 336. — Aucun doute ne peut donc s'élever sur la pensée du législateur; évidemment, il a voulu rentrer dans la règle qui exige un aveu direct, formel, et légalement constaté : prétendre que la déclaration de maternité faite sans mandat par le père

est valable, parce qu'il peut arriver qu'un jour, la femme désignée complète la preuve qui en résulte, soit par un aveu tacite de maternité, soit par un aveu exprès échappé dans un acte privé, ce serait tendre à la mère un véritable piége, et rendre absolument vaines à son égard les mesures protectrices déterminées par l'article 334; ce serait exposer une fille honnête à des actes de vengeance, à une flétrissure qu'elle ne parviendrait certes pas à détruire par une poursuite en diffamation (1), et dont le dommage ne se trouverait pas compensé par les indemnités pécuniaires qu'elle obtiendrait (2). — Ainsi tombe l'argument *à contrario* tiré des termes de l'article 336.

Au résumé, la reconnaissance doit résulter d'un acte authentique. — La reconnaissance du père et celle de la mère sont complétement indépendantes l'une de l'autre.—L'aveu soit de paternité, soit de maternité, doit être direct et positif.

Du reste, le père et la mère peuvent reconnaître simultanément leur enfant par le même acte.

337 — La reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage.

Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants.

= Les père et mère peuvent reconnaître, pendant leur mariage, un enfant naturel qu'ils ont eu antérieurement; car la reconnaissance est seulement déclarative de la paternité et de la maternité.

Mais alors quels sont ses effets? Distinguons :

L'enfant a été reconnu par les deux époux, ou par l'un d'eux seulement :

Au premier cas, il n'est point légitime, assurément, puisque le bénéfice de la légitimation n'appartient qu'aux enfants reconnus avant le mariage de leurs père et mère, ou au plus tard dans l'acte de célébration (331) : mais il jouit de tous les droits attachés à la filiation naturelle; par conséquent, il vient, comme successeur irrégulier, à la succession de ses père et mère; il peut prétendre de leur vivant à des aliments, etc. (756 et suiv.). — Rien de plus rationnel, car l'harmonie du mariage n'est pas troublée par cette reconnaissance : la famille ne peut dire qu'elle a été trompée dans son attente (3).

Au deuxième cas, celui que prévoit notre article, la reconnaissance ne produit, tout en constatant néanmoins la filiation, que les effets

(1) Zach., t. 4, p. 45; Toullier, t. 2, n° 956.

(2) Locré, Législ. civ., t. 6, p. 126, 137, 148, 163, 166 et 181; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 142, note *a*; Demolombe, n°s 385 et suiv; Demante, Progr., n° 317.

(3) Locré sur l'article 337; Toullier, n° 960; Loiseau, p. 435 et 436; Dur., n°s 248 et 249; Zach., t. 4, p. 65; Demolombe, n° 468.

compatibles avec l'intérêt du conjoint et avec celui des enfants légitimes nés ou à naître :

Ainsi, l'enfant prend le nom de l'époux qui l'a reconnu (l'intérêt moral que les enfants issus du mariage ou l'autre conjoint pourraient avoir à s'y opposer, n'a point paru suffisant pour paralyser cet effet absolu de la filiation constatée); il est soumis à l'autorité paternelle, à toutes les obligations et à tous les devoirs qui en résultent; il peut même prétendre à des aliments, mais seulement sur les biens dont son auteur a l'administration et la jouissance : par exemple, si l'enfant a été reconnu par le mari commun en biens, la pension alimentaire sera supportée par la communauté (1409-1421). S'il a été reconnu par sa mère, elle se prélèvera sur les biens personnels dont elle a l'administration et la jouissance (1449, 1536 et suiv., 1574 et suiv.) (1). (Voy. *infrà*, quest.)

Mais cet enfant ne jouira pas du bénéfice des articles 756 et suiv.; il ne viendra pas en concours avec les héritiers légitimes; il n'exclura pas même, selon nous, le conjoint qui se présenterait, soit en vertu de son contrat de mariage, soit en vertu de l'article 767, comme appelé à recueillir la succession à défaut d'héritiers au degré successible : le deuxième alinéa ne peut établir une position différente pour les enfants et pour le conjoint, puisqu'il n'est qu'un développement du premier, puisqu'il y a même raison de décider. — Ainsi, l'article 758 souffre exception dans le cas spécial prévu par l'article 337.

Toutefois, cette dernière décision est contestée : maintenez en faveur du conjoint, disent quelques auteurs, les droits résultant du contrat de mariage, soit; mais n'allez pas lui conférer des biens héréditaires; car il a dû savoir que ces biens ne lui seraient dévolus qu'à défaut d'enfants naturels (767). C'est de la loi seule qu'il tient ses droits; une disposition spéciale doit pouvoir en modifier l'exercice.

Ce raisonnement n'est que spécieux : on peut répondre que le droit de succession conféré aux enfants naturels est aussi purement légal; que, sous ce rapport, leur position est la même que celle du conjoint.

Au surplus, recherchons dans les procès-verbaux au conseil d'État quelle a été la pensée du législateur : le projet contenait sur ce point trois articles ainsi conçus : — Art. 10. « En cas de mariage, celui des » époux qui aurait des enfants naturels d'un autre que son époux, et » qui ne les aurait pas reconnus, devra en faire la reconnaissance » avant la célébration. » — Art. 11. « La reconnaissance faite postérieurement audit mariage par l'un des époux ne pourra produire » aucun effet à l'égard de l'autre époux et des enfants de ce mariage. » — Art. 12. « *Après la dissolution de ce mariage, et s'il n'en reste pas* » *d'enfant*, l'époux qui aurait omis de reconnaître son enfant avant le » mariage pourra en faire la reconnaissance dans les formes prescrites » au titre de l'état civil. » (Fenet, p. 72, t. 10). — Ce dernier article

(1) Rolland, n° 242; Loiseau, p. 545; Zach., p. 64; — Rennes, 22 mars 1810, Dev. Pal.

supposait donc le prédécès du conjoint; il avait pour objet unique d'accorder à l'époux survivant la faculté de reconnaître l'enfant qu'il aurait eu avant son mariage : on l'a supprimé comme inutile, et c'est évidemment par inadvertance qu'on a laissé subsister un membre de phrase qui se trouverait, nous le répétons, en contradiction manifeste avec le principe consacré dans le premier alinéa, si on l'entendait en ce sens, que l'enfant doit recueillir la succession de son auteur à l'exclusion du conjoint survivant. (*Voy.* Demolombe, n° 475; Zach., p. 63.)

Mais nous n'irons pas jusqu'à dire, avec Duranton (n° 253), que les libéralités entre-vifs ou testamentaires, faites au conjoint par l'auteur de la reconnaissance, produiraient leur effet, lors même qu'elles excéderaient la portion disponible : tel ne peut être le sens de notre article, quelque généraux que soient ses termes. La loi protége le conjoint contre les suites d'une reconnaissance tardive; elle ne veut pas qu'il soit trompé dans son attente; or, on ne peut dire que l'éventualité d'une donation ou d'un legs ait été pour lui la cause déterminante du mariage : donc, les libéralités faites à son profit, depuis la célébration, qu'elles soient postérieures ou antérieures à la reconnaissance, peu importe, ne doivent porter aucune atteinte à la réserve de l'enfant naturel. — D'ailleurs, l'art. 337 suppose que l'époux agit en cette qualité; il ne statue pas sur le cas où il se présente comme légataire ou comme donataire. — Ajoutons que les libéralités faites pendant le mariage sont essentiellement révocables (895 et 1096), et que la reconnaissance peut être considérée comme une révocation tacite. — Ce dernier moyen s'applique surtout aux donations faites avant la reconnaissance (1). — Nous le répétons, les seuls avantages assurés au conjoint sont ceux qui résultent de la loi ou de son contrat de mariage.

Du reste, la reconnaissance produit ses effets ordinaires à l'égard de tous autres que l'époux et les enfants du mariage; l'article 337 n'établit de restriction aux principes généraux qu'en faveur de ces derniers : ainsi, l'enfant naturel reconnu pendant le mariage ne serait exclu de la succession de son auteur, ni par les enfants légitimes issus d'une autre union postérieure à la reconnaissance (2), ni à plus forte raison par les collatéraux, lors même que le conjoint aurait survécu : ce dernier ne pourrait se plaindre, puisqu'il serait écarté si l'enfant naturel ne se présentait pas. — D'un autre côté, les collatéraux ne sauraient se prévaloir de l'existence du conjoint, puisque ce ne sont pas eux, mais le conjoint seul que la loi a entendu favoriser : c'est là une bizarrerie choquante au premier abord; mais il faut bien l'accepter, puisqu'elle est rigoureusement conforme aux textes (3).

(1) Delv., t. 1er, p. 243; Chabot, Successions, sur l'article 756, n° 7; Zach., t. 4, p. 63; Demolombe, n° 476; Valette sur Proudhon, p. 146; — Caen, 24 ventôse an XII.

(2) Dur., t. 3, n° 251; Loiseau, p. 436; Delv., p. 94, n° 11; Chabot, Successions, sur l'art. 756, n° 745; Zach., p. 63.

(3) Locré, Législ. civ., t. 6, p. 31; Dur., n° 254, t. 3; Toullier, t. 2, n° 959; Proudhon, p. 147; Zach., t. 4, p. 65; Demolombe, no 461; — Cass., 6 janvier 1808, S., 1808, 1, 86; D., p. 651, t. 8; Pau, 5 prairial an XIII, S., 1806, 2, 8; Dev. Pal.

Nous n'avons point à nous occuper de la reconnaissance antérieure au mariage : évidemment, elle produit tous ses effets légaux, lors même qu'elle a été tenue secrète. Sans doute, cette dissimulation peut devenir une cause de mésintelligence; mais les droits acquis doivent l'emporter sur cette considération : le père ou la mère ne peuvent avoir la faculté de modifier par leur fait personnel la position de l'enfant.

— L'article 337 ne parlant que des enfants reconnus pendant le mariage, on demande si l'enfant naturel né avant le mariage, et reconnu seulement depuis la dissolution, pourrait, au préjudice des enfants issus du mariage, réclamer les droits d'enfant naturel reconnu? ⁂ Le préjudice, dit Delvincourt, sera le même pour la famille, que l'enfant naturel ait été reconnu pendant le mariage ou depuis sa dissolution. (Delv., p. 94, n° 10; p. 91, n° 5.) ⁂ Mais c'est là, selon nous, perdre de vue la véritable pensée du législateur; les raisons suivantes se présentent contre ce système :

1° L'article 337 parle uniquement de la reconnaissance faite *pendant le mariage :* cette disposition est exceptionnelle ; il faut donc la restreindre dans ses termes.

2° La crainte de troubler l'harmonie du ménage a motivé ce texte ; or, nous supposons que le mariage est dissous.

3° La légitimation d'un enfant naturel pourrait avoir lieu, bien qu'il existât des enfants issus d'un mariage intermédiaire : si cet enfant peut être légitimé, à plus forte raison doit-on pouvoir le reconnaître.

4° Enfin, le projet du Code renfermait un article ainsi conçu : « Après la dis- » solution du mariage, et s'il *n'en reste pas d'enfants*, l'époux qui aurait omis » de reconnaître son enfant avant le mariage pourra en faire la reconnaissance » dans les formes prescrites au titre des actes de l'état civil. » Cet article a été supprimé ; donc la reconnaissance peut avoir lieu après la dissolution du mariage, qu'il existe ou qu'il n'existe pas d'enfants légitimes (1).

Après avoir reconnu l'enfant pendant le mariage, l'époux, devenu veuf, pourrait-il reconnaître une deuxième fois cet enfant à l'effet de lui conférer des droits au préjudice de ses enfants légitimes? ⁂ Non, évidemment : les effets de la reconnaissance sont déterminés par la loi; à partir de ce moment, ils ne peuvent plus être modifiés par le fait des père et mère ; par conséquent, une deuxième reconnaissance ne changerait rien à la position de l'enfant. (Demolombe, n° 462.)

On s'est demandé si l'enfant naturel reconnu pendant le mariage pourrait du moins exiger des aliments au préjudice de l'autre époux et des enfants issus du mariage? ⁂ Distinguons : s'il réclame contre l'auteur même de la reconnaissance, sa prétention doit être admise : le conjoint et les enfants issus du mariage ne seraient pas fondés à se plaindre, puisqu'on dispose de revenus sur lesquels ils n'avaient aucun droit (2). — Ainsi, l'enfant reconnu par son père pourra exiger des aliments sur les biens de son père (1421), et même sur les revenus des biens dont il a la jouissance (1401, 1530, 1549). — Ainsi, l'enfant reconnu par sa mère pourra lui demander des aliments, si elle est séparée de biens, ou si, mariée sous le régime dotal, elle a des paraphernaux (1449, 1536, 1576). — Mais toute action lui serait refusée sur les biens dont l'autre conjoint aurait

(1) Cass., 27 août 1811, S., 1812, 1, 13, Dev. Pal.

(2) Loiseau, p. 435; Rolland, n° 242; Vazeille, Mariage, t. 2, n° 506; — Cass., 27 août 1811, S., 1812, 1, 13, Dev. Pal.

la jouissance (1); par conséquent, s'il a été reconnu par la mère, il ne peut en exiger au préjudice du droit d'usufruit qui compète au mari. (1401, 1421, 1428, 1530, 1531, 1549.)

Après la mort de son auteur, l'enfant a-t-il droit à des aliments, si sa demande peut nuire soit au conjoint, soit aux enfants issus du mariage? ∿ On dit pour l'affirmative que les successeurs doivent supporter les charges de la succession qu'ils recueillent (2). Mais il faut observer que l'obligation alimentaire *ex officio pietatis* n'est pas transmissible. — Il paraîtra bien rigoureux, sans doute, de refuser aux enfants naturels simples des droits que l'on s'accorde à reconnaître à des enfants adultérins ou incestueux (762); mais l'article 337 est formel (3).

L'article 337 est-il applicable au cas de reconnaissance forcée; en d'autres termes, si la filiation est judiciairement établie? ∿ Pour la négative, on raisonne ainsi : l'article 337 parle de *reconnaissance faite*; il suppose, par conséquent, le cas d'une déclaration spontanée : lorsqu'un jugement intervient, ce n'est plus là une reconnaissance proprement dite; la filiation est proclamée forcément. — L'enfant n'a pu être privé par le mariage de son auteur, du droit que lui confère la loi de former une demande en réclamation d'état.—En accordant ce droit à l'enfant, le texte ne distingue pas si ses père et mère sont ou non mariés. — De ces principes, il résulte que les effets du jugement intervenu remontent au jour de la naissance, ou plutôt de la conception, et que l'enfant doit être admis à exercer, nonobstant l'article 337, les droits d'enfant naturel reconnu, déterminés par les articles 757 et suivants (4). ∿ Quoi qu'il en soit, il nous semble rationnel de décider que l'article 337 doit s'appliquer même au cas de reconnaissance forcée : le texte, disent nos adversaires, emploie cette expression : reconnaissance *faite*. —Quoi! fonder sur un mot une distinction aussi grave par ses conséquences? — Ce ne serait pas trop d'exiger, du moins, une disposition spéciale : — dans quel dédale ne se trouverait-on pas jeté avec un pareil système? Les uns accordent plus d'effet à la reconnaissance volontaire qu'à la reconnaissance forcée; les autres lui en accordent moins : tout cela ne démontre-t-il pas le danger des distinctions arbitraires? — Revenons donc à une règle uniforme : la reconnaissance est déclarative de la paternité ou de la maternité; qu'elle soit forcée ou volontaire, elle constate un fait antérieur; par conséquent, dans l'un et l'autre cas, elle doit produire les mêmes effets.—La reconnaissance volontaire, ajoutent quelques auteurs, cet acte spontané, sera considéré comme une violation de la foi promise, comme un outrage pour l'autre époux; elle jettera inévitablement la mésintelligence dans le ménage : l'inconvénient ne sera-t-il pas le même dans le cas de reconnaissance forcée? La cause réelle de cette mésintelligence sera bien moins le mauvais procédé du conjoint que l'appréhension du dommage qui pourra en résulter; et d'ailleurs, est-il possible qu'un parfait accord puisse exister désormais dans le ménage, lorsqu'un procès aura révélé la conduite scandaleuse de la femme avant son mariage, ses rapports intimes avec un autre que son mari,

(1) Demolombe, n° 472; Loiseau, p. 435; — Rennes, 22 mars 1810, S., 1810, 2, 255, Dev. Pal.

(2) Chabot, Successions, sur l'article 756; Dur., n° 252, t. 3; Zach., t. 4. p. 64; Delv., p. 90, n° 12; Toullier, n° 957, t. 2; — Paris, 12 et 13 juin 1809; Agen, 13 mars 1817, S., 1817, 2, 281; Rennes, 22 mars 1810; Cass., 27 août 1811, Dev. Pal.

(3) Loiseau, p. 435; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 146; Demolombe, n°s 473 et 474; — Toulouse, 6 mai 1826, Dev. Pal.

(4) Toullier, n° 958, t. 2; Chabot sur l'article 756; Dur., n°s 255 et 256, t. 3; Valette sur Proudhon, t. 3, p. 146; Zach., t. 4, p. 65; — Rennes, 22 mars 1810; Agen, 13 mars 1817; Cass., 27 avril 1811; Rouen, 20 mai 1829, D., 1833. 2, 31; Paris, 27 juin 1812; Cass., 24 novembre 1830, Dev. Pal.; Paris, 17 juillet 1840, Pal., 1841, 2, 187.

ou lorsqu'il sera établi que le mari s'est rendu coupable d'un enlèvement? Le conjoint n'aura-t-il pas été indignement trompé? — Faites donc pour lui ce que vous auriez fait au cas de reconnaissance volontaire: mettez-le à l'abri du dommage pécuniaire qui pourra résulter de cette dissimulation coupable (1).

De la reconnaissance forcée (2).

La filiation naturelle ne peut résulter que d'une reconnaissance. — Lorsque l'enfant produit un titre, il lui suffit d'établir son identité : toute la question est de savoir s'il est bien celui à qui le titre s'applique; fait susceptible d'être établi par témoins et même par des présomptions, sans commencement de preuve (3). Quelques autorités exigent, il est vrai, cette condition; mais elles nous paraissent avoir confondu deux positions essentiellement distinctes : la reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée. (Demolombe, nos 484 et suiv.)

Lorsque l'enfant n'a pas de titres, c'est alors seulement qu'il y a lieu de recourir aux règles que nous allons déterminer.

Quant aux effets produits par la reconnaissance forcée, ils sont les mêmes que ceux qui résultent de la reconnaissance volontaire : l'enfant peut prétendre, non-seulement à des aliments, mais encore à une part dans la succession de son auteur (4).

Les principes relatifs à la preuve de la filiation naturelle sont différents, suivant qu'il s'agit d'établir le fait de maternité ou de paternité.

De la déclaration judiciaire de maternité.

341 — La recherche de la maternité est admise.

L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée.

Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins, que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit.

= La loi, conçue en termes généraux, admet toute personne à la recherche de la maternité, sans distinguer si la mère est encore libre ou si elle est mariée : l'accouchement et l'identité sont des faits susceptibles d'être constatés avec certitude : *mater certa est.* — Mais par quels moyens?

(1) Demolombe, no 466; Delv., p. 90, no 11; 94, no 10; Favard, Rép., Reconn. d'enf. nat, sect. 2, § 1, no 2; Loiseau, p. 435; — Paris, 17 juillet 1841, Pal., 1843, 2, 987.

(2) Cette expression n'est pas consacrée par la loi; elle a été introduite par la doctrine.

(3) Bordeaux, 18 février 1846, Dal., 1848, 2, 81.

(4) Toullier, nos 972 et 978; Dur., nos 243, 254 et suiv.; — Paris, 27 juin 1812; Rouen, 17 mars 1815; Rennes, 25 novembre 1816. *V.* cep. Merlin, Rép., vo Maternité, no 9; vo Successions, sect. 2, § 2, art. 1er.

Il y a deux faits à établir : 1° l'accouchement de la mère ;— 2° l'identité de l'enfant.

Lorsque l'accouchement est prouvé, ce qui peut avoir lieu soit par la production d'un acte de naissance (1), soit par l'aveu de la mère, il suffit à l'enfant d'établir son identité.

Mais supposons que la mère soit accouchée secrètement, et qu'il y ait incertitude sur l'accouchement : alors deux questions se présentent : ces deux faits sont-ils soumis pour la preuve à un ordre de priorité? Le même mode de preuves est-il exigé pour l'un comme pour l'autre? Fixons-nous d'abord sur ces deux points :

Suivant quelques auteurs (2), l'accouchement doit être préalablement prouvé; la loi le suppose, disent-ils, puisqu'elle se borne à parler de la preuve de l'identité.—Nous répondrons que l'article 341 se réfère au cas le plus ordinaire : celui où l'accouchement n'est pas révoqué en doute ; pour s'en convaincre, il suffit de lire cet article : l'argument porte donc à faux.

Dans le cas exceptionnel où l'accouchement est incertain, Demolombe, n° 501, décide que les juges doivent, avant d'admettre l'enfant à en établir la preuve, avant d'autoriser des poursuites qui porteraient, sans résultat probable, une grave atteinte à la réputation de la femme, s'éclairer sur les moyens qu'il compte employer pour établir son identité, et s'assurer qu'il n'agit pas légèrement, qu'il a intérêt et qualité.— Entendons-nous : il est certain que le tribunal n'autorisera la preuve testimoniale qu'autant que les faits exposés dans la requête présentée par le poursuivant lui paraîtront pertinents et admissibles : c'est là une règle générale (252 et 253), absolue, en matière d'enquête: mais, cette autorisation obtenue, il n'y a point d'ordre de priorité pour la preuve. Que l'identité soit établie après l'accouchement, ou que ces deux faits soient prouvés simultanément, peu importe; il s'agit de découvrir la vérité. Presque toujours, d'ailleurs, cette simultanéité aura lieu ; les deux faits étant connexes, la preuve de l'identité emportera nécessairement celle de l'accouchement, et très-souvent la preuve de l'accouchement emportera celle de l'identité : prouver que je suis l'enfant de telle femme, c'est prouver que cette femme est accouchée et que je suis identiquement celui qu'elle a mis au monde. Les choses ne peuvent se passer autrement.

Ce premier point résolu, passons au deuxième :

L'enfant ne sera reçu à faire cette preuve par témoins, porte l'article 341, *que lorsqu'il aura un commencement de preuve par écrit :* quelle preuve?—Une divergence d'opinions s'élève ici entre les auteurs : les uns permettent de prouver *de plano* l'accouchement sans commencement de preuve (Delv., p. 93, n° 10) ; — les autres décident que

(1) Rouen, 20 mai 1829; Paris, 7 juillet 1838, Dev. Pal..

(2) Toullier, n° 942; Merlin, Quest., v° Maternité, p. 290 et 291 ; Rolland, n° 275 ; Dalloz, v° Filiation, ch. 3, sect. 2, art. 3, n° 4; — Amiens, 9 août 1821; Cass., 12 juin 1823, Dev. Pal.

l'accouchement ne peut être prouvé que par écrit : la loi, disent-ils, parle seulement de l'identité : or, *qui dicit de uno, negat de altero* (Toullier, nos 942 et 943) (1).

Pour nous, qui réunissons les deux faits, cette difficulté n'a point de base : les auteurs qui la soulèvent supposent que le réclamant doit faire deux preuves distinctes : or, nous avons démontré que la preuve est complexe ; par conséquent, l'enquête et la nécessité d'un commencement de preuve s'appliquent au fait de l'accouchement comme au fait de l'identité (2).

Une autre difficulté s'élève : en quoi doit consister le commencement de preuve? Il faut un écrit : sous ce rapport, la position de l'enfant naturel est bien moins favorable que celle des enfants légitimes ; nous avons vu, en effet, que ces derniers sont admis à la preuve testimoniale sur des présomptions ou indices (323).—Pourquoi cette différence? On devait craindre d'exposer une fille honnête aux recherches déshonorantes de la malveillance ; mais la femme mariée n'est point exposée à ce danger : prétendre qu'elle est devenue mère pendant le mariage, ce n'est point l'outrager, puisque tel est le but de l'union conjugale. Les recherches ne compromettraient son honneur qu'autant que l'enfant aurait été reconnu par un autre que le mari de la mère ; mais alors on ne l'admettrait, en ce cas, à rechercher la maternité, qu'autant qu'il aurait, au préalable, fait tomber la reconnaissance du prétendu père (arg. de l'art. 335) (V. *infrà*, art. 339) (3).

Quel doit être le caractère de l'écrit? il doit rendre le fait vraisemblable et s'appliquer au réclamant lui-même. « Il n'y a, disait le ministre de la justice, un véritable commencement de preuve par écrit, que lorsqu'il est direct et relatif à la personne, et non lorsqu'il peut s'appliquer à plusieurs. » (Locré, Législ. civ., t. 6, p. 125.) Or, deux faits sont allégués : la femme est accouchée ; le réclamant est l'enfant qu'elle a mis au monde.

On donne, pour exemple des écrits qui peuvent être produits, les actes dans lesquels l'enfant a pris la qualité de fils de la mère qu'il réclame, et auxquels ont participé les personnes qui contestent actuellement son état ; des publications de bans (4) contre lesquelles aucune réclamation ne s'est élevée ; des lettres missives attribuées à la personne que l'enfant réclame pour mère, lorsqu'elles ont été reconnues et vérifiées (5) ; des lettres confidentielles écrites à un tiers, pourvu qu'elles soient produites avec le consentement de ce tiers (6).

(1) Amiens, 9 août 1821 ; Paris, 31 mars 1826, Dev. Pal.

(2) Demolombe, no 500 ; Merlin, Rép., vo Maternité, no 4 ; Quest., vo Maternité ; Dur., no 240, t. 3 ; Duvergier sur Toullier, t. 2, no 942 ; Zach., t. 4, p. 79 ; — Grenoble, 24 janvier 1844, Pal., 1845, 2, 543.

(3) Rolland, no 278 ; Toullier, no 945 ; Merlin, Quest., vo Maternité ; — Cass., 28 mai 1810. *V.* cep. Rennes, 31 août 1808, Dev. Pal.

(4) Rouen, 21 août 1812.

(5) Rennes, 30 janvier 1815, 29 juillet 1816, Dev. Pal.

(6) Merlin, Rép., vo Lettre, no 5 ; — Cass., 12 juin 1825 et 4 avril 1821, Dev. Pal.

On s'accorde à considérer comme insuffisant l'acte de reconnaissance sous seing privé : cet acte peut servir pour la preuve de l'accouchement, mais il ne diminue en rien les doutes qui règnent sur l'identité.

A l'égard de l'acte de naissance, si la mère a été désignée *de son aveu*, il y a reconnaissance; mais comme toute personne a la faculté de se l'appliquer, les registres étant ouverts à quiconque en demande des extraits, le réclamant doit prouver son identité, ce qu'il peut faire en ce cas, selon nous, sans commencement de preuve (*voy.* p. 146) (1).

Si la déclaration de maternité a été faite, sans le consentement de la mère, par l'une des personnes indiquées dans l'art. 56, l'acte de naissance fait preuve complète de l'accouchement (2); mais il reste à établir l'identité: pour cela, un commencement de preuve par écrit est nécessaire; or, l'acte produit ne saurait avoir cette force; décider le contraire, ce serait confondre deux faits bien distincts : l'accouchement et la filiation. (*Voy.* ce que nous avons dit à cet égard sous les articles 45 et 56, p. 178; 57, p. 180.) Un semblable système serait en contradiction manifeste avec les termes de l'article 336; tout au plus, le juge pourrait-il avoir égard à l'acte de naissance, dans l'instance en réclamation d'état (3).

La question, du reste, a été décidée en ce sens, lors de la discussion au conseil d'État : dans le projet, l'article 341 contenait un quatrième alinéa, ainsi conçu : « Le registre de l'état civil qui constatera la naissance d'un enfant né de la mère réclamée, et duquel le décès ne sera pas prouvé, pourra servir de commencement de preuve par écrit. » — Cette disposition a été supprimée dans la séance du 26 brumaire an X, sur l'observation du ministre de la justice qu'on tournait dans un cercle vicieux, puisque la question était précisément de savoir si l'acte produit s'appliquait au réclamant (4).

Zachariæ, p. 79, décide qu'il ne peut exister de commencement de preuve par écrit de l'identité : il est certain que la présomption acquerra d'autant plus de force qu'elle s'appuiera sur la possession d'état;

(1) Demolombe, n° 504; Dur., n° 237; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 140; Locré, Législation, p. 124 et 125, n° 8, et t. 4, p. 422; Rolland, n°s 275 et 277; Toullier, n°s 942-948; Loiseau, p. 12; Merlin, Quest., v° Maternité; Zach., p. 77 et 81;—Cass., 28 mai 1810; Paris, 16 mai 1809, 5 mars 1814, Dev. Pal.; Bourges, 2 mai 1837, Pal., 1838, 1, 193; Bastia, 31 mars 1840, Pal., 1846, 2, 184; Grenoble, 5 avril 1843 et 24 janvier 1844, Pal., 1845, 2, 543; Paris, 7 juillet 1838; Pal., 17 juillet 1841; Pau, 29 juillet 1844, Dev., 1845, 2, 193 et 194; Pal., 1845, 1, 489; Toulouse, 13 juillet 1846, Dal., 1848, 2, 83; Bordeaux, 18 et 19 février 1846, Dev., 1846, 2, 289 et 294. — Il a été jugé que la désignation de la mère faite dans l'acte de naissance par l'une des personnes indiquées par l'article 56 pouvait servir comme indice dans la recherche de la maternité (Bourges, 4 janvier 1839; Pal., 1843, 2, 441). On peut entendre l'arrêt en ce sens, que le réclamant peut argumenter du registre, que les juges doivent y avoir égard; mais certes on ne saurait voir là un commencement de preuve par écrit.

(2) Merlin, Quest., v° Maternité; Toullier, t. 2, n° 866; Rolland, n° 276; Proudhon, t. 2, p. 97 et 98.

(3) Demolombe, n° 505; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 140; — Paris, 17 juillet 1840, Dev., 1841, 2, 187.

(4) *V.* Locré, Législ., t. 6, p. 30, art. ; p. 124, n°s 7 et 8, p. 149, art. 28.

nous admettons même que la possession d'état suffit pour prouver l'identité, et par conséquent pour établir la filiation maternelle. (V. *infrà*, quest.) Mais enfin on comprend que certains écrits peuvent rendre l'identité de celui qui les produit assez vraisemblable pour qu'il y ait lieu de l'autoriser à compléter la conviction des juges par la preuve testimoniale.—Dans tous les cas, le réclamant pourrait établir, au moyen de la possession d'état dont il jouissait à l'époque où l'écrit a été fait, que cet écrit s'applique réellement à lui ; ce qui ne préjugerait en rien la question de filiation. (Zach., p. 78.)

— Dans le cas de l'article 341, le commencement de preuve par écrit pourrait-il résulter, comme dans le cas des articles 323 et 324, d'actes publics ou privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante? ∿ Pour l'affirmative, on dit : l'article 324 pose une règle générale ; il faut, par conséquent, se référer à cette règle toutes les fois que la loi n'y a pas dérogée ; or, le chapitre 3 ne contient aucune disposition spéciale sur les caractères du commencement de preuve par écrit (1).—On donne pour exemple l'acte de naissance auquel ont concouru les personnes qui auraient intérêt à contester si elles vivaient. ∿ La question est précisément de savoir, répond Demolombe, no 506, si le chapitre 3 ne déroge pas à l'article 324 en ce qui concerne le commencement de preuve; or, ce n'est point dans ce dernier article qu'il faut chercher le droit commun, mais dans l'article 1347, et cet article n'admet, comme pouvant servir de commencement de preuve, *que l'écrit émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente et qui rend vraisemblable le fait allégué.* — Si les écrits d'un tiers sont admis à ce titre, en matière de filiation légitime (324), ce n'est que par exception ; cette exception est la conséquence de l'article 323, qui considère les présomptions provenant de faits ou indices comme suffisantes pour servir de base à la preuve testimoniale ; mais, puisque les présomptions ne sont pas admises en matière de filiation naturelle, il serait contradictoire d'autoriser la preuve testimoniale sur des écrits émanés d'un tiers, écrits qui ne sont en réalité que des témoignages étrangers (2). — Mais nous admettrons les actes dans lesquels l'enfant a pris la qualité de fils de la mère qu'il réclame, et auxquels ont participé ceux qui contestent son état, tels que des publications de bans, des lettres missives reconnues ou vérifiées, et même l'acte de naissance signé par le défendeur (3).

Peut-on rechercher la maternité contre l'enfant, à l'effet d'obtenir la réduction des libéralités qui lui ont été faites, si leur montant excède la portion disponible (338, 356, 908) ? ∿ D'une part, on argumente de la généralité de ces termes de l'article 341 : *la recherche de la maternité est admise.* — On répond à l'argument tiré du deuxième alinéa de l'article 341 (lequel suppose que l'enfant est demandeur) que la loi s'est uniquement proposé, par cette disposition, de régler le mode de preuve, les conditions requises pour que des témoins puissent être entendus, et non d'indiquer les personnes auxquelles elle entend conférer le bénéfice de l'action ; — que si la recherche de la paternité, dans le cas exceptionnel où elle peut avoir lieu, est ouverte à toutes parties intéressées (art. 340), il doit

(1) Caen, 10 février 1833, Dev. Pal.; 7 avril 1832, Pal.;— Paris, 7 juillet 1838, Pal., 1838, 2, 139; Dev., 1845, 2, 194.

(2) Demolombe, no 502; Bonnier, Des preuves, no 145.

(3) Rouen, 20 mai 1829, Dev. Pal.

en être de même, *à fortiori*, de la recherche de la maternité, puisqu'elle est admise en principe. — On ajoute que, sous le rapport des intérêts pécuniaires, l'enfant naturel non reconnu ne mérite pas plus de faveur que celui qui a une reconnaissance légale (908); — que la recherche de la paternité et la recherche de la maternité sont deux actions parallèles; — que les recherches faites contre l'enfant n'entraîneront pas un scandale plus grand que si elles étaient formées à sa requête; — enfin, que les inconvénients sont attachés à l'action elle-même, et non à la qualité des personnes qui l'exercent (1).

Quoi qu'il en soit, on peut justement prétendre que l'exercice de l'action est exclusivement réservé à l'enfant; car, dans tous les articles du chapitre 3, la loi suppose que les recherches sont faites par lui ou en son nom (335-342); il n'est parlé des tiers que dans l'article 339; encore cet article se borne-t-il à leur accorder la faculté de *contester*, ce qui suppose le cas d'une reconnaissance volontaire consommée, ou d'une action en recherche soit de paternité, soit de maternité, portée devant les tribunaux. — Quant à la généralité de ces mots de l'article 341 : « la recherche de la maternité est admise, » ils s'expliquent facilement, si l'on considère que le législateur a voulu établir une antithèse avec l'art. 340, lequel proscrit d'une manière absolue, dans son premier alinéa, l'action en réclamation d'état : *la recherche de la paternité est interdite*, porte l'article 340, *la recherche de la maternité est admise*, porte l'article 341. — L'argument tiré de la prétendue réciprocité ne mérite aucune réfutation : de ce que les tiers ne sont pas admis à rechercher la maternité contre l'enfant, lorsque cette recherche ne peut avoir lieu à sa requête, il ne s'ensuit pas qu'ils aient ce droit lorsque l'action est accordée à l'enfant; l'argument *à contrario* n'est pas nécessaire. — Ce n'est pas tout : accorder aux tiers la recherche de la maternité, ce serait méconnaître l'esprit de la loi : en effet, pourquoi a-t-elle restreint les droits héréditaires de l'enfant naturel (757 et 758)? dans un but d'ordre public : pour que l'action des tiers fût recevable, il faudrait qu'ils pussent invoquer cette considération; or, ils n'agiraient, en recherchant la paternité ou la maternité contre l'enfant, que dans des vues personnelles. — Laissez l'enfant dans l'oubli, lorsqu'il juge convenable de garder le silence : sa position est déjà bien assez pénible; la loi y compatit, en lui accordant la faculté de soulever le voile de sa naissance : mais c'est là une faveur extrême, un droit admis exceptionnellement et avec une réserve qui se manifeste dans toutes les dispositions de ce chapitre, notamment dans le dernier alinéa de l'article 341. Comment admettre que des tiers puissent s'emparer de cette action, et la diriger contre l'enfant, à l'effet de lui imprimer un caractère qu'il repousse, et que ses père et mère eux-mêmes lui refusent? On comprend que la loi ait pu faire fléchir la crainte du scandale devant l'intérêt tout moral de l'enfant; mais la règle doit reprendre sa force dès le moment où il ne s'agit plus que de l'intérêt des tiers : — d'ailleurs l'enfant défendeur serait dans une position bien difficile, surtout après la mort de sa mère; car il n'aurait, pour se défendre, que des considérations d'invraisemblance. — Au résumé, les articles 340 et 341 sont conçus dans le même ordre d'idées; ils réservent exclusivement à l'enfant naturel le bénéfice de l'action (2).

Quelle est l'influence de la possession d'état, en ce qui concerne la preuve de la filiation naturelle? Trois opinions se sont élevées :

(1) Toullier, t. 1er, p. 137; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 110, note 2; Zach., t. 1, p. 73; Merlin, vo Maternité, no 5, add.; Revue de Législation, t. 19, p. 251; — Cass., 12 juin 1823; S., 1823, 1, 391; Paris, 31 mars 1826, 7 avril 1830, S., 1830, 1, 175, Dev. Pal.

(2) Dur., no 242; Faustin Hélie, Théorie du Code pénal, t. 5. p. 185; Demolombe, nos 527 et suiv.;—Paris, 16 décembre 1833; Cass., 12 juin 1823; Amiens, 9 août 1821; Bastia, 31 mars 1810, D., 1810, 2, 120; Colmar, 1er mai 1811, Dev., 1811, 2, 203; Pal., 1811, 2, 285; Rouen, 19 décembre 1811, Pal., 1811, 2, 313; Dev., 1815, 2, 135; Cass., 20 novembre 1815; Pal., 1811, 1, 88.

Première opinion : La possession d'état ne prouve la filiation naturelle ni à l'égard du père ni à l'égard de la mère.— Deux genres de preuve seulement sont admis : une reconnaissance authentique (334-339); un jugement (340-342) : le législateur a sans doute considéré que la possession d'état, quelque constante qu'elle soit, ne fournit qu'une présomption plus ou moins incertaine : ce silence n'est donc point une omission volontaire, mais une exclusion réfléchie. — Quels textes oppose-t-on à ce système? On invoque en premier lieu la loi du 11 brumaire an II, art. 8 : mais il faut observer que cet article restreignait la preuve résultant de la possession d'état aux enfants dont les père et mère étaient décédés avant sa promulgation. D'ailleurs, cette loi, purement transitoire, ne statuait que sur les cas urgents, ainsi que le démontre l'article 10, qui renvoie aux dispositions futures du Code civil pour le règlement du droit des enfants qui avaient encore à cette époque leurs père et mère; par conséquent, il n'y a pas de conclusion à en tirer. — On argumente, en second lieu, de la rédaction primitive de l'article 341, article qui était ainsi conçu : « Le réclamant ne pourra être admis à la preuve testimoniale de ces faits (l'accouchement et l'identité), s'il n'a un commencement de preuve par écrit, *ou une possession* constante de la qualité de fils naturel de la mère qu'il réclame ; » et de la suppression de ces derniers mots, opérée par la section de législation lors de la rédaction définitive, suppression qui aurait eu lieu par suite de l'observation faite par Portalis, que la possession d'état ne formait pas seulement un commencement de preuve, mais une preuve complète. Rien ne démontre que telle ait été la pensée du législateur : s'il avait voulu donner à la possession d'état une semblable autorité, on doit croire qu'il s'en serait formellement expliqué. — La loi, ajoutent quelques personnes, a dû garder le silence sur la possession d'état ; car celui qui possède n'a rien à réclamer : ce raisonnement prouve trop, car il faut l'étendre au cas où la possession existerait relativement au père; or, cette conséquence est inadmissible, puisque la loi proscrit en termes formels la recherche de la paternité (341). — Pourquoi donc le texte du projet a-t-il été modifié? Parce qu'il n'exprimait pas une idée vraie, parce qu'il allait au delà du but que se proposait le législateur : en effet, la possession d'état, si on veut l'admetre, ne doit pas seulement former un commencement de preuve, mais une preuve complète de la filiation (1).

Deuxième opinion : La possession d'état prouve la filiation naturelle, non-seulement à l'égard de la mère, mais encore à l'égard du père : elle est plus complète et plus décisive encore que le titre; car le titre est l'œuvre du moment; il ne prouve pas l'identité; tandis que la possession d'état est une reconnaissance persévérante, publique, qui rend impossible toute substitution de personnes : — l'enfant se trouve avoir en sa faveur ces trois caractères de la possession : *nomen, tractatus, fama;* pourquoi donc le priver du bénéfice des articles 320-323? — La loi, il est vrai, ne parle point de la possession d'état dans le chapitre 3, relatif aux enfants naturels; mais tout le monde admet, que le chapitre 2 renferme les bases des preuves en matière de filiation, et qu'il faut s'y référer pour compléter le chapitre 3, ce dernier chapitre contenant seulement quelques règles spéciales aux enfants naturels : point de doute qu'il faut observer les articles 326, 327 et 328, lorsqu'on soulève une question de compétence; pourquoi donc ne pas appliquer les articles 320 et 321 en matière de preuves? Ne serait-ce point là une contradiction choquante? — Il ne s'agit pas, dans notre espèce, d'une action en réclamation d'état (340-342) ; cette action ne se conçoit qu'à défaut de possession constante (323): or, nous supposons la possession acquise. — On objecte,

(1) Locre, t. 5, p. 279; Toullier, nos 970 et 971; Zach., t. 4, p. 74; Loiseau, p. 474, 525-528; D., vo Filiation, p. 579, no 8; — Bourges, 2 mars 1837, Pal., 1838, 1, 195; Dev., 1838, 2, 5; 4 janvier 1839, Dev., 1839, 2, 289; Rouen, 20 mai 1829; Dev., 1838, 2, 6, Pal.

en ce qui concerne le père, que la recherche de la paternité est interdite : cette recherche est permise dans le cas d'enlèvement ; pourquoi, dans ce cas spécial, ne pas admettre que la possession d'état forme une preuve suffisante de paternité, alors que la maternité peut être ainsi établie? ce qui est vrai pour la maternité doit être admis pour la paternité.—A ceux qui ne voient, dans la possession d'état d'enfant naturel, qu'un commencement de preuve ayant pour seul effet d'autoriser la preuve testimoniale, la réponse est facile : d'une part, on ne recherche pas, on ne réclame pas ce que l'on possède ; d'autre part, l'article 341 ne fait résulter le commencement de preuve que d'un écrit. — Jetons les yeux sur les travaux préparatoires du Code civil : dans la discussion, Portalis s'est exprimé ainsi : « Toutes les fois qu'on jouit de son état constamment, publiquement et sans trouble, on a le plus puissant de tous les titres ; il serait donc absurde de présenter la possession constante comme un simple commencement de preuve, puisque cette sorte de possession est la plus naturelle et la plus complète de toutes les preuves. Des faits de possession isolés, passagers, peuvent n'être qu'un commencement de preuve ; mais, encore une fois, il y a preuve entière lorsqu'il y a possession constante. » (Fenet, t. 10, p. 78.)—Puisque la possession d'état est un véritable titre, en établir la preuve n'est autre chose que prouver l'existence de son titre : aussi, les auteurs de la loi de brumaire an II avaient-ils maintenu la preuve résultant de la possession d'état, bien qu'ils eussent aboli la recherche de la paternité (art. 8).— Il ne faut donc pas confondre ces deux cas : réclamer son état et invoquer les effets de l'état déjà reconnu et prouvé : l'enfant naturel qui possède son état se trouve dans la dernière position. — « Il est difficile de concevoir, disait Cambacérès, comment on blesserait les principes, en admettant pour preuve de paternité la possession d'état acquise à un enfant contre son père. » (Fenet, t. 10, p. 77.)—Après quelques autres observations, un article du projet qui n'attribuait à la possession d'état que l'autorité d'un commencement de preuve a été retranché. — Nous le répétons, les articles 334, 340 et 341 s'occupent seulement de la preuve par titre et de la réclamation d'état, à l'effet de déroger aux articles 319 et 323 : l'article 320 conserve donc toute son autorité. — Nous irons plus loin : l'aveu tacite qui résulte de la possession d'état a plus de force en matière de filiation naturelle que dans le cas de filiation légitime; car pour accomplir des devoirs qui n'ont d'autre base que les sentiments de la nature, il faut se mettre au-dessus du blâme de l'opinion.—«Ce serait ébranler les fondements de la tranquillité publique, disait Cochin, que de ne pas reconnaître l'autorité de la possession d'état ; celui qui l'a en sa faveur n'est pas obligé de remonter à d'autres preuves ; elle tient lieu de tous les titres que les ordonnances exigent. » — La jurisprudence, il est vrai, n'admet pas que la possession d'état puisse établir la paternité naturelle ; mais elle sera conduite à ce résultat par la force des choses; car dans les campagnes, et même dans les grandes villes, combien d'individus se rapprochent, vivent ensemble, élèvent leurs enfants et légitiment ainsi aux yeux du monde une position qui, légalement, n'est qu'un concubinage. — Au surplus, les faits de possession ne peuvent soulever le scandale que le législateur a voulu éviter en prohibant la recherche de paternité ; il s'agit tout simplement de prouver que l'enfant a reçu des soins constants (1).

Troisième opinion : La possession d'état prouve la filiation à l'égard de la mère, mais non à l'égard du père : en effet, elle peut avoir, vis-à-vis de la mère qui a nourri et élevé son enfant, un caractère qu'on ne saurait lui reconnaître par rapport au père, même dans le cas exceptionnel que prévoit l'article 340;

(1) Bonnier, Des preuves, n° 144; Demolombe, n° 480; Revue de législation, t. 1er, p. 427; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 150 et 180.

la preuve de la paternité par la possession d'état entraînerait toujours des débats scandaleux qu'on a voulu éviter. Cette considération n'avait point échappé aux auteurs de la loi de brumaire an II : la possession d'état ne suffisait pas sous l'empire de cette loi pour constater la paternité naturelle. (*Voy.* un rapport du ministre de la justice inséré dans un arrêté du Directoire exécutif du 12 ventôse an V; Dev., Recueil des lois, décrets et ordonnances.) Comment supposer que le Code, beaucoup moins favorable aux enfants naturels, ait voulu innover. — D'ailleurs, les textes sont formels (334-339-340-342) : « La filiation, disait Bigot-Préameneu, ne pourra jamais être établie contre le père que par sa propre reconnaissance, et encore faudra-t-il que cette reconnaissance ait été faite ou par l'acte même de naissance, ou par un acte authentique (Fenet, t. 10, p. 155). — Du reste, les considérations invoquées pour le deuxième système se représentent naturellement en ce qui touche la preuve de la maternité (1).— La jurisprudence incline vers ce système : il nous paraît fondé en droit et en équité.

L'article 322 est-il applicable à l'enfant naturel? En d'autres termes, l'enfant naturel reconnu par son père et qui a une possession d'état conforme à ce titre, peut-il réclamer une autre filiation? réciproquement peut-on lui contester l'état dont il jouit? Quatre opinions se sont produites :

Première opinion : Cette expression de l'article 322, *nul ne peut*, etc., indique une disposition générale qui s'applique aux enfants naturels comme aux enfants légitimes : les motifs sont les mêmes; une égale présomption de vérité s'attache, dans l'un et l'autre cas, au concours de ces deux circonstances (2).

Deuxième opinion : L'article 322 est applicable lorsque la reconnaissance a eu lieu dans l'acte de naissance; il est inapplicable dans le cas contraire (3).

Troisième opinion : L'article 322 doit recevoir son application, même indépendamment de toute reconnaissance, par cela seul que l'enfant est inscrit dans son acte de naissance sous le nom de la femme à l'égard de laquelle il a la possession d'état d'enfant naturel. — Il peut être opposé à l'enfant qui réclame une filiation naturelle ou une filiation légitime (4).

Quatrième opinion : L'article 322 n'est point applicable à l'enfant naturel : cet article est conçu en termes généraux, il est vrai; mais nous avons admis qu'on ne peut étendre au chapitre 3 les règles du chapitre 2, qu'autant qu'il n'y a pas été dérogé; or, en déclarant que toute reconnaissance pourra être contestée, l'article 339 nous paraît modifier essentiellement l'art. 322.—Pourquoi cette différence? Le législateur a considéré que les fraudes et les déclarations mensongères sont à craindre, surtout lorsqu'il s'agit de la filiation naturelle. — Il n'y a pas lieu de rechercher si la reconnaissance résulte d'un acte de l'état civil, ou d'un acte authentique : les mêmes soupçons s'élèvent; d'ailleurs, le texte de l'article 339 est absolu (5).

(1) Delv., p. 93, n° 10; Dur., n° 238, t. 3; Proudhon, Valette, t. 2, p. 145 et 141; D., v° Filiation, p. 667 et 668; — Paris, 27 juin 1812, S., 1812, 1, 418; Cass., 15 mars 1827, S., 1827, 1, 444; Rouen, 20 mai 1829, Pal.; D., 1833, 2, 31 et 6; Dev., 1838, 2, 6; Bastia, 17 novembre 1834, S., 1835, 2, 70, Pal.; Bordeaux, 10 janvier 1831, Dev., 1831, 2, 231; Paris, 17 juillet 1841, Pal., 1841, 2, 187; Rouen, 19 décembre 1844, Pal., 1845, 1, 320; Grenoble, 13 janvier 1840, Pal., 1840, 2, 234; Toulouse, 15 juillet 1846, Dev., 1848, 2, 83; Paris, 26 juillet 1849, Dal., 1849, 2, 220.

(2) Proudhon, t. 2, p. 143; Toullier n° 899; Rép., v° Légitimité, sect. 2, n° 4; — Rouen, 15 mai 1826, Dev. Pal.

(3) Bordeaux, 12 février 1838, Dev., 1838, 2, 401-406.

(4) Zach., p. 665, t. 3.

(5) Dur., n° 133, t. 3; Demolombe, n° 481; — Cass., 13 février 1839, Pal., 1840, 1, 265; Dev., 1840, 1, 19; 22 janvier 1840, Dev., 1840, 1, 125; 22 février 1843, Dev., 1843, 1, 180.

La recherche de la filiation naturelle peut-elle être exercée soit par les créanciers de l'enfant, de son vivant ; soit par ses successeurs, après sa mort?

Le premier point ne peut donner lieu à aucune difficulte : nous croyons avoir démontré que cette action est exclusivement attachée à la personne de l'enfant (Demolombe, nos 282-285 et 519 ; Dur., no 242).

Mais, sur le deuxième, trois opinions sont en présence :

Première opinion : L'action s'éteint avec l'enfant ; cette action est toute spéciale ; elle n'est accordée ni aux héritiers ni aux successeurs de l'enfant ; les dispositions des articles 329 et 330 n'ont pas été reproduites dans le chapitre qui traite de la filiation naturelle ; l'action en réclamation d'état conférée à l'enfant, dans le cas des articles 340 et 341, est un bénéfice personnel : on ne saurait prolonger indéfiniment les inconvénients inévitables d'une pareille action ; le législateur a pu se montrer bienveillant envers l'enfant; mais il n'avait point de raison pour protéger des successeurs qui ne sont animés que par l'intérêt pécuniaire ; il n'a pas admis que, pour une semblable cause, on pût venir troubler le repos des familles (1).

Deuxième opinion : L'action est transmissible aux successeurs de l'enfant, lors même qu'il est mort *plus de* 5 *ans après sa majorité* sans avoir réclamé. L'article 759 C. C. appelle, en cas de prédécès de l'enfant naturel, ses propres enfants à recueillir les droits qui lui sont attribués par l'article 756 : cet article, conçu en termes généraux, les autorise donc implicitement à faire constater l'état de leur auteur. — Aucun texte ne déclare l'action dont il s'agit intransmissible ; bien plus, les dispositions des articles 329 et 330, dispositions restrictives du droit commun, ne sont point applicables en matière de filiation naturelle, puisqu'elles n'ont pas été reproduites dans le chapitre relatif à cette matière : le législateur a sans doute considéré qu'elle entraine des conséquences moins graves pour la famille que l'action en réclamation d'état d'enfant légitime, puisqu'elle ne peut créer aux réclamants de liens de parenté avec d'autres que les père et mère (2).

Troisième opinion : Le chapitre 2 contient des règles générales ; le chapitre 3 ne renferme, en ce qui touche la transmission du droit dont il s'agit, aucune règle modificative ; donc, les articles 329 et 330 s'appliquent purement et simplement à la filiation naturelle. — Mais admettre que l'action est transmissible avec plus d'étendue et de force que la réclamation d'état d'enfant légitime, c'est aller trop loin : certes, le législateur n'a pas eu la pensée de traiter plus favorablement les représentants de l'enfant naturel que ceux de l'enfant légitime. — Bien que la jurisprudence n'ait pas consacré cette opinion, elle est selon nous dans l'esprit des vrais principes (3).

Puisque nous admettons que l'action est transmissible, nous déciderons qu'elle peut être exercée par tous ceux qui recueillent tout ou partie de l'universalité des biens héréditaires. — Toutefois, dans la personne des héritiers ou des successeurs, elle change de caractère : elle devient prescriptible et aliénable, puisqu'elle n'est plus relative qu'à des droits pécuniaires ; d'où il suit qu'elle peut être l'objet d'une transaction. — Appliquez ce que nous avons dit sur ce point sous les articles 328, 329 et 330. (Demolombe, nos 325 et 326.)

(1) Dur., no 242; — Paris, 16 décembre 1833, D., 1834, 2, 135, Pal.; 13 mars 1837, Dev., 1837, 2, 369; Pal., 1840, 1, 265; Amiens, 25 janvier 1838, Dev., 1838, 2, 457; Cass., 12 juin 1838, Dev. 1838, 1, 698; 20 novembre 1843, Dev., 1843, 1, 849.

(2) Bastia, 31 mars 1840, Pal., 1846, 2 ; Rennes, 21 août 1844, Pal., 1844, 2, 343.

(3) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 253; Demolombe, no 524.

De la recherche de la paternité.

340 — La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant.

= Notre ancienne jurisprudence, ainsi que nous l'avons déjà dit, admettait la maxime *Creditur virgini prægnanti :* des présomptions, une simple lettre suffisaient pour faire attribuer la paternité à l'homme qui avait eu avec une femme devenue mère quelques familiarités; de là des transactions arrachées souvent par une sorte de violence morale, des procès scandaleux, des jugements arbitraires. Depuis longtemps on réclamait contre ces déplorables abus : la loi du 12 brumaire an II, loi transitoire, il est vrai, y mit un terme en prohibant pour l'avenir la recherche de la paternité. Les auteurs du Code ont consacré le même principe : ainsi, le père ne peut plus être connu aujourd'hui que par sa propre reconnaissance. La prohibition est absolue.

La recherche de la paternité est interdite, soit contre le père, lors même qu'elle aurait pour but de procurer à l'enfant des aliments (1), ou à la mère des dommages-intérêts (2); soit contre l'enfant, par exemple, à l'effet de faire réduire aux limites de la portion disponible le montant des libéralités qu'il aurait reçues (338, 766, 908) : dans l'un et l'autre cas, la même incertitude règne, le même danger se présente, le même scandale est à craindre (3).

Cette règle, l'une des plus absolues de notre législation nouvelle, n'est soumise qu'à une seule exception : pour en apprécier la portée, il importe de bien peser les termes de la loi : or, deux conditions sont exigées par l'article 340 C. civ. Il faut : 1° qu'il y ait eu *enlèvement;* — 2° que l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception (4). — Ces deux conditions suffisent pour faire admettre l'action; mais elles n'établissent pas encore le droit : le ravisseur *pourra* être déclaré père, dit la loi; il pourra donc ne pas l'être; par conséquent, une troisième condition est nécessaire pour que la paternité soit déclarée : il faut que le juge soit convaincu de la réalité du fait.

Revenons sur chacune de ces conditions; et d'abord quel est ici le sens du mot *enlèvement?*

L'*enlèvement*, suivant l'Académie, est l'action d'emmener une per-

(1) Zach., t. 4, p. 68; — Cass., 26 mars 1806; Limoges, 27 août 1811.

(2) Cass., 5 nivôse an XII; 10 mars 1808, Dev. Pal.

(3) Toullier, n° 939; Dur., n°s 207 et 233; Zach., *ibid.;* Valette sur Proudhon, t. 2, p. 156; Merlin, Quest., v° Paternité, § 1er; v° Filiation, add., t. 8, p. 667, n°s 2 et suiv.; — Limoges, 7 décembre 1809; Cass., 14 mai 1810, 14 mai 1811, 17 décembre 1816, 1er avril 1818, 1er août 1827, Pal. Dev.; Toulouse, 15 avril 1834, Dev., 1835, 2, 348; D., 1834, 2, 228, Pal.

(4) Delv., p. 93, n° 7; — Paris, 29 mars 1821; Cass., 28 juillet 1821, Dev. Pal.

sonne *malgré elle*, *par force;* ce qui emporte l'idée d'une séquestration plus ou moins longue, pendant laquelle la personne enlevée a été tenue en chartre privée. Tel est aussi le sens du mot latin *rapere*, dont nous avons fait *rapt* et *ravisseur : Raptus in personas cadit quæ per vim abducuntur aut quibus per vim stuprum infertur.* — Cependant, l'ancienne jurisprudence avait consacré l'expression de *rapt de séduction*, c'est-à-dire, l'enlèvement par fraude et sans violence; ce qui était abusif, puisque la personne séduite conserve son entière liberté.— « On distingue, dit le Répertoire, deux sortes de rapt : l'un se fait par la violence et malgré la personne ravie, et celui-là est le rapt proprement dit. » — L'orateur du tribunat a exprimé la même pensée dans le passage suivant de son discours au corps législatif : « Il n'y a pas de cohabitation publique, mais il y a cohabitation forcée; la violence de l'un, l'oppression de l'autre suppléant au consentement authentique et mutuel. » (Discours de Duvergier au corps législatif.)

Demandons-nous maintenant si le mot *enlèvement* comprend ici le rapt de séduction? Lorsque les auteurs du Code civil ont parlé de l'enlèvement, lorsqu'ils ont attaché à ce fait la présomption de paternité, ils ne pouvaient avoir en vue, disent quelques auteurs, que le seul enlèvement connu dans notre législation criminelle, et qu'elle punissait comme un attentat. Or, le Code pénal de 1791, sous lequel nous vivions alors, ne parlait que du rapt de violence; il était muet sur le rapt de séduction. — Le Code pénal de 1810 (art. 356), punit, il est vrai, le rapt de séduction, mais il n'a pu fixer l'attention des auteurs de nos lois civiles, puisqu'il n'existait pas à l'époque où elles ont été promulguées.—Dira-t-on qu'il en a modifié l'esprit? Une seule remarque suffirait pour détruire cet argument : il s'agit, dans l'article 340 C. civ., non de la peine prononcée, mais du sens attaché par cet article au mot *enlèvement*, pour tirer de là des conséquences purement civiles. — Au surplus, des considérations toutes morales, dictées par le simple bon sens, viennent démontrer que le rapt de séduction ne saurait autoriser la recherche de paternité : pour que cette recherche ait lieu, il faut nécessairement que l'époque de la conception coïncide avec celle de l'enlèvement; cette coïncidence peut être facile à établir lorsqu'il y a eu violence; car c'est là un fait matériel, remontant à une époque précise, et dont la durée, qui ne peut se prolonger, trouve naturellement sa limite dans le temps où la victime a été tenue en chartre privée: on prendra, si l'on veut, pour point de départ, le moment où la fille aura quitté la maison paternelle. Mais qui pourrait fixer les bornes de l'empire exercé par la séduction? qui pourrait en assigner le terme et la durée? comment fixer l'époque où la séduction aura cessé? L'homme qu'une fille aura consenti à suivre devra-t-il, pendant toute sa vie, être exposé à se voir attribuer la paternité de tous les enfants qu'elle pourra mettre au jour? Une telle conséquence suffit pour démontrer que l'exception consacrée par l'article 340 est étrangère au rapt de séduction.

Tels sont, en substance, les arguments qui ont été invoqués dans une espèce portée devant la cour d'appel de Paris le 28 juillet 1821. (Locré,

Législ. civ., t. 6, p. 32) (1).—Mais la cour a pensé, et sa décision est généralement admise aujourd'hui par la doctrine, que l'art. 340 s'applique au *rapt de fraude* dit *de séduction*, comme au rapt de violence; que le mot enlèvement s'y trouve employé d'une manière générique, pour exprimer l'action de détourner par des moyens illicites, même sans violence, une jeune fille mineure, de la maison paternelle; de la conduire ou de la faire conduire d'un lieu dans un autre pour abuser d'elle (Merlin, v° Rapt., p. 710). — Tel est, en effet, le sens donné aux termes *enlèvement* et *ravisseur*, dans les art. 354, 355 et 356 C. pén.: ils s'appliquent au rapt de séduction comme au rapt de violence (2). L'Académie elle-même l'a entendu ainsi, puisqu'elle définit l'enlèvement: « l'action par laquelle une personne est enlevée malgré elle, malgré celui à qui elle appartient, ou malgré celui qui la désire: » or, dans nos principes d'organisation sociale, l'enfant mineur a pour maîtres, pour directeurs, ses parents; ce qu'un tiers fait pour le soustraire à cette autorité, est donc précisément, dans le sens grammatical du mot, ce qui constitue l'enlèvement. — Reportons-nous à nos anciens auteurs; leur autorité, quand il s'agit de termes techniques, vaut bien celle de l'Académie: Denisart appliquait le mot *rapt*, expression plus énergique, assurément, que celle d'enlèvement, au cas de séduction comme au cas de violence.—*Ferrières* (Dict. de pratique) fait observer que le rapt de séduction est plus dangereux que le rapt de violence; que les lois anciennes et toutes les ordonnances royales sur le rapt confondaient le ravisseur avec le séducteur, et leur infligeaient les mêmes peines.— Le sens du mot *enlèvement* étant ainsi fixé à l'époque de la promulgation du Code, un texte exprès et spécial eût été indispensable pour modifier sa signification, pour restreindre celle que lui donnait le langage ordinaire du droit: or, cette disposition n'existe pas.—Le Code pénal de 1791, qui régissait la France à l'époque de la promulgation du Code civil, ne punissait, dit-on, que le rapt de *violence*: nous répondrons que la loi de 1791 n'employait pas l'expression *rapt* isolément; qu'elle y ajoutait le mot *violence;* que les auteurs du Code ne se sont pas bornés à substituer l'expression géné-

(1) *Voy.* en ce sens Consultation de Merle, Grappe, Delacroix, Frainville et Bonnet; Zach., t. 4, p. 64-72.

(2) L'enlèvement est considéré tantôt comme un crime, tantôt comme un délit.

Lorsque la fille est majeure, l'enlèvement n'est puni qu'autant qu'il y a eu arrestation, détention et séquestration de personnes (art. 341, 342 et 344 C. pén.).

Si la fille enlevée a été rendue à la liberté avant le dixième jour accompli depuis celui de l'arrestation, détention ou séquestration, le fait se trouve réduit aux proportions d'un simple délit (343 C. pén.).

Lorsque la personne enlevée est mineure, le seul fait de l'avoir, par fraude ou par violence, enlevée ou fait enlever, entraînée, détournée ou déplacée, ou fait entraîner, détourner ou déplacer des lieux où elle était mise par ceux à l'autorité ou à la direction desquels elle était soumise, est constitutif du crime. — Le coupable est puni de la réclusion (354). — Si la fille a moins de seize ans accomplis, la peine est celle des travaux forcés à temps (355). — Si le ravisseur est mineur, la peine se trouve réduite à un emprisonnement de 2 à 5 ans (356).

Dans le cas où le ravisseur aurait épousé la fille enlevée, il ne peut être poursuivi que sur la plainte des personnes qui, d'après le Code civil, ont le droit de demander la nullité du mariage, ni condamné qu'après que la nullité du mariage a été prononcée (357).

rique *enlèvement*, au mot rapt; qu'ils ont même évité de caractériser le fait. — Mais c'est trop longtemps argumenter sur les mots: la loi civile, nous le répétons, n'a pas une relation intime avec la loi pénale; il ne serait nullement contradictoire que la séduction fût assimilée à la violence pour la présomption de paternité, et qu'elle en fût distinguée quant à la qualification du crime et à la peine : la déclaration de paternité n'est pas une peine; elle n'est que la conséquence juridique de ce fait, que la personne enlevée par violence ou par séduction s'est trouvée au pouvoir du ravisseur (1).

Nous n'étendrons pas davantage cette discussion; il nous paraît démontré : 1° que le mot *enlèvement*, employé dans l'article 340, comprend dans sa généralité tous les cas où une fille serait soustraite à l'autorité paternelle sans le consentement de ses parents; — 2° que l'enlèvement prévu par cet article dure jusqu'au jour où la personne enlevée est rendue à la société; — 3° enfin, que les mots *enlèvement* et *ravisseur* n'ont pas, dans le cas de l'article 340 C. civ., le même sens que dans les articles 345 et suivants du Code pénal; en d'autres termes, que les tribunaux civils pourraient qualifier d'enlèvement le fait d'avoir détourné ou déplacé une fille mineure, lors même qu'il n'y aurait pas lieu à l'application d'une peine. — Le Code pénal de 1791 ne punissait que le rapt, commis par violence, d'une fille au-dessous de 14 ans accomplis : le Code civil a été rédigé à l'époque où cette loi était encore en vigueur; or, comment croire qu'en traitant une question de filiation, les auteurs du Code aient entendu faire allusion au cas de maternité, bien extraordinaire assurément, d'un enfant de 14 ans?—Il est dès lors incontestable qu'en prévoyant, dans l'article 340 C. civ., le cas d'*enlèvement*, ils n'ont pu vouloir se référer au cas où ce fait, d'après la loi pénale, caractériserait un crime. S'ils n'avaient pas cette pensée en 1803, ils n'ont pu l'avoir en 1810; la supposition d'un tel changement ne s'appuierait sur aucun texte.—Ainsi donc, le fait d'enlèvement doit être considéré sous deux points de vue distincts : il s'agit de l'application d'une peine, ou de la présomption de paternité : dans ce dernier cas, le fait de détournement d'une fille âgée de *plus de* 16 *ans* pourrait être considéré comme enlèvement, lors même qu'elle aurait suivi volontairement son ravisseur. (Valette sur Proudhon, p. 38.)

Nous avons supposé, en parlant du rapt de *séduction*, que la personne est encore mineure et soumise à la puissance paternelle, seule hypothèse que la loi ait dû prévoir : quant à la fille majeure ou émancipée, comme elle peut librement faire choix d'un domicile, on ne saurait dire qu'elle a été détournée par fraude de la maison paternelle; elle n'est exposée qu'au rapt de violence (Demolombe, n° 490).

Il est bien entendu que le mot *enlèvement* n'emporte pas l'idée nécessaire d'une soustraction, d'un déplacement : il y aurait enlèvement, si

(1) Duvergier sur Toullier, t. 2, n° 941; Demolombe, n° 490; Dur., p. 93, n° 7; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 137; Rolland, n° 267; — Paris, 28 juillet 1821, Dev. Pal.; D., p. 670, t. 8.

la personne était retenue en chartre privée dans sa propre demeure.

Le *viol* peut-il être assimilé à l'enlèvement? La plupart des auteurs se prononcent pour l'affirmative : le viol, disent-ils, doit être considéré, dans le cas de l'article 340, comme une sorte d'enlèvement momentané. — Au premier abord, cette décision semble d'autant mieux fondée, que la preuve d'un rapprochement entre l'homme et la femme permet alors de vérifier l'époque de la conception ; elle ne présente d'ailleurs aucun danger, puisque les tribunaux sont appréciateurs des circonstances (1).

Néanmoins, l'opinion contraire est plus conforme au texte et à l'esprit de la loi : *au texte*, car il ne parle que de l'*enlèvement;* or, il s'agit ici d'une disposition exceptionnelle ; par conséquent, il faut la restreindre au cas prévu : *exceptio est strictissimæ interpretationis.—A l'esprit de la loi;* en effet, les travaux préparatoires démontrent que le législateur a toujours placé le viol sur la même ligne que l'enlèvement, pour l'appréciation des dommages-intérêts ; mais qu'il a rejeté cette assimilation, lorsque s'est élevée la question de paternité. Lisons les textes : un article conçu en ces termes avait été proposé par la section de législation : « Le ravisseur qui refusera de reconnaître l'enfant dont la naissance fait concourir l'époque de la conception avec celle de la *durée du rapt*, pourra être condamné à des dommages-intérêts au profit de cet enfant, sans que celui-ci puisse prendre le nom du ravisseur, ni acquérir sur les biens les droits d'enfant légitime. » — Le viol n'était pas mentionné dans cette rédaction.

Le conseil d'État décida ensuite qu'il n'admettrait pas d'exception : la section de législation proposa, le 12 germinal an X, la rédaction suivante : « La recherche de la paternité est interdite ; lors même que la conception d'un enfant concourra avec des circonstances de *rapt* ou de *viol*, il n'y aura lieu qu'à des dommages-intérêts envers la mère. »

Le tribunat, sur la communication qui lui fut faite, changea la rédaction, mais maintint le sens de l'article.

Enfin, dans la séance du 13 brumaire an XI, la section de législation adopta exceptionnellement le principe de la recherche de paternité pour le cas d'enlèvement; mais il ne fut plus question de *viol*.—Puisque, dans les diverses transformations que l'article 340 a subies, le cas de viol a été tout aussi bien présent à l'esprit du législateur que celui d'enlèvement, il est évident que ce n'est point par oubli, mais avec intention, qu'il a gardé le silence sur le *viol :* il a considéré, sans doute, qu'un fait passager, lors même qu'il coïncide avec l'époque légale où l'enfant a été conçu, ne peut faire naître une présomption de paternité équivalente à celle qui résulte de l'enlèvement, fait qui suppose que la jeune fille s'est trouvée, pendant un certain temps, en la puissance de son ravisseur—. L'enlèvement, en effet, dure jusqu'au jour où la personne enlevée est devenue libre (2).

(1) Delv., p. 89, n° 7; Loiseau, p. 418; Toullier, no 941; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 139; Toullier, p. 434; Demolombe, n° 491; Locré sur l'article 340.

(2) Zach., t. 4, p. 72; Paris, 28 juillet 1821.

Du reste, cet exposé démontre que le viol peut donner lieu, en faveur de la mère, à des dommages-intérêts. Les tribunaux en fixeront le montant eu égard aux circonstances, et surtout aux présomptions plus ou moins graves de paternité qui pourront s'élever contre l'auteur du crime.

Toullier, t. 2, n° 941, et Loiseau, p. 418, décident, sans donner de motifs, que le fait d'enlèvement doit être préalablement jugé par les tribunaux criminels : mais cette doctrine, si elle était admise, entraînerait des inconvénients dans la pratique.— D'ailleurs, bien loin d'exiger cette condition, le texte la repousse : l'article 340, en effet, ne se rattache point à la loi pénale; l'action civile et l'action criminelle sont complétement indépendantes l'une de l'autre ; seulement, les juges saisis de l'action en déclaration de paternité doivent avant tout examiner la question d'enlèvement (1). — D'un autre côté, rien ne s'oppose, ainsi que nous le verrons plus bas, à ce que les poursuites criminelles commencent avant le jugement sur la question d'état.

Comment prouver l'enlèvement? La loi n'a tracé sur ce point aucune règle particulière; on retombe par conséquent dans le droit commun : de là nous concluons : 1° que la preuve par témoins ou par des présomptions est recevable *de plano*, bien que l'enfant n'ait pas de commencement de preuve ; car il n'a pas été en son pouvoir de se procurer un écrit (1347) ; — 2° que l'on peut chercher des éléments dans le procès criminel, s'il a eu lieu, pour décider la question civile ; — 3° enfin, que la justice, saisie de l'action publique, peut prononcer accessoirement sur la paternité, conformément à l'article 3 Inst. crim. (2).

L'enlèvement reconnu, il est clair que le ravisseur ne peut être déclaré père de l'enfant qu'autant qu'il y a eu coïncidence entre cet événement et l'époque de la conception : il faut, par conséquent, recourir aux règles des articles 312, 314, 315 (3). — Presque toujours les deux faits se prouveront simultanément par les mêmes moyens.

Ici, nous répéterons encore que l'enlèvement dure tant que la jeune fille est au pouvoir de son ravisseur (4).

Cette double preuve n'entraîne pas *nécessairement* celle de la paternité : le texte ne porte pas que le ravisseur *devra*, mais qu'il *pourra* être déclaré père de l'enfant : le juge est seulement alors autorisé à chercher sa conviction dans les faits qui ont précédé ou suivi l'accouchement ; il aura égard, surtout, à la moralité de la personne enlevée et à la constitution physique de l'enfant. — De son côté, le ravisseur est admis à présenter tous les moyens propres à établir qu'on ne peut lui attribuer la paternité (Locré, p. 289 et 290).

(1) Zach., t. 4, p. 71; Demolombe, n° 492; — Paris, 28 juillet 1821, Dev. Pal.; D., p. 670, t. 8.

(2) Demolombe, n° 495.

(3) Delv., p. 89, n° 8; Toullier, n° 941; Rolland, n° 268; Zach., t. 4, p. 71.

(4) Delv., p. 95, n° 7; — Paris, 29 mars 1821; Cass., 28 juillet 1821, Dev. Pal.; D., p. 670, t. 8.

Dans tous les cas, l'enfant serait déclaré non recevable, si son action devait avoir pour résultat de constater qu'il est le fruit de l'inceste ou de l'adultère (335 et 342 C. civ.).

Puisque la paternité doit résulter de la coïncidence entre l'époque de la conception et celle de l'enlèvement, il est évident que l'action ne peut être formée au nom de l'enfant qu'après l'accouchement (Demolombe, n° 492).

Quelles sont les personnes qui se trouvent comprises, dans l'art. 340, sous cette dénomination : *parties intéressées?*— Plusieurs auteurs considèrent la disposition finale de l'article 340 C. civ. comme une antithèse ; ils décident, en conséquence, que la recherche de la paternité peut avoir lieu même *contre* l'enfant, à l'effet, par exemple, de faire réduire à la quotité disponible les libéralités excessives qu'il aurait reçues (338, 756 et 908). Cette disposition, disent-ils, est conçue en termes généraux et absolus (*voy.* entre autres Valette, p. 140). — Mais les travaux préparatoires démontrent que le législateur n'a entendu désigner ainsi que la mère, l'enfant et ses héritiers : cela est tellement vrai, qu'il avait été d'abord question de refuser l'action en recherche de la paternité, même à l'enfant, encore que l'époque de la conception coïncidât avec celle du rapt, et de se borner à conférer à la mère une action en dommages-intérêts (1).

Il nous reste à compléter, par quelques mots, ce que nous avons déjà dit sur les tribunaux compétents pour connaître de l'action en réclamation de maternité ou de paternité naturelle. — Quelques auteurs décident qu'il faut restreindre aux questions d'état d'enfants légitimes les articles 326 et 327 : ces articles dérogent, disent-ils, aux règles générales des articles 1er et 3 Inst. crim. ; ils sont par conséquent exceptionnelles ; dès lors, on ne peut les appliquer en matière de filiation naturelle. (Merlin, Rép., v° Parr., n° 3). Que déciderons-nous?

En ce qui touche l'article 326, nous nous bornerons à rappeler que le chapitre 2 contient sur la preuve, en matière de filiation, des principes généraux qu'il faut étendre au chapitre 3, à moins qu'il n'existe dans ce dernier chapitre quelque disposition dérogatoire ; or, on n'y trouve aucune règle spéciale relative à la compétence en matière de question d'état d'enfant naturel : ainsi, nul doute que les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations élevées par l'enfant (326 et 327) (2).

Mais nous admettons que la prohibition de l'article 327 est inapplicable lorsqu'il s'agit de la recherche de la paternité, cas prévu par l'art. 340; c'est-à-dire, que l'action criminelle pour enlèvement peut fort bien commencer avant qu'il n'ait été statué au civil sur la question d'état, et que les tribunaux civils peuvent puiser dans l'arrêt au criminel des documents pour statuer : en effet, il ne s'agit pas ici du crime de

(1) *V.* Locré, Législ. civ., t 6, p. 31, 148 et 185; Fenet. t. 10, p. 73, 112 et 152; — Cass., 1er avril 1818 et 17 décembre 1816, Pal. Dev.; Toulouse, 15 avril 1834, Pal.

(2) Delv., p 90, n° 1; Demolombe, nos 550 et suiv.; Delv., p. 90, n° 1; Mangin, De l'action publique et de l'action civile, t. 1er, n° 187; — Cass., 25 novembre 1808, Dev. Pal.

suppression d'état ; la question criminelle sur le fait d'enlèvement ne préjuge pas la question civile sur le fait de paternité ; les deux questions ne sont pas nécessairement liées (1).

— L'enfant naturel peut-il transiger sur son état ? Non évidemment : l'état d'enfant naturel, de même que l'état d'enfant légitime, est inaliénable, et imprescriptible.—On peut dire, il est vrai, que la disposition de l'art. 328, placée dans le chapitre qui traite de la filiation légitime, n'a pas été reproduite dans le chap. 3, qui est relatif à la filiation naturelle ; mais déjà nous avons établi qu'il faut étendre à ce chapitre les règles du chap. 2, lorsqu'il n'y a pas été dérogé soit expressément, soit tacitement: d'ailleurs les termes de l'art. 328 sont généraux et absolus.—Enfin, on a fait le raisonnement suivant : sans doute l'enfant ne peut transiger sur son état; mais les droits et les devoirs attachés à la filiation naturelle supposent une reconnaissance; or, celui dont la filiation n'a pas été légalement constatée n'a pas encore d'état, par conséquent il doit pouvoir transiger. — Nous répondrons que les rapports de paternité et de filiation sont antérieurs à la reconnaissance : la reconnaissance ne crée pas l'état; elle le constate; l'action est un moyen de le réclamer; par conséquent, renoncer à l'action, ce serait renoncer à l'état lui-même. — Toute transaction, dit Demolombe, n° 515, tomberait devant ce dilemme : « ou l'état que vous renoncez à faire reconnaître vous appartient, et alors votre renonciation est nulle comme contraire à l'ordre public (art. 6); ou il ne vous appartient pas, et alors elle est nulle par deux motifs : comme contraire à l'ordre public et pour défaut de cause (2). — Mais l'enfant peut valablement transiger sur les intérêts pécuniaires attachés à son état admis et reconnu.

Que déciderait-on si l'enfant avait transigé pour un seul prix, par un seul et même acte, sur son état et sur des intérêts pécuniaires actuellement ouverts ; par exemple, sur ses droits à une succession qui lui serait échue? La transaction serait indivisible, et par conséquent nulle pour le tout : il n'y aurait là qu'une convention unique (3).

Quid si la renonciation a eu lieu distributivement, pour un prix distinct et séparé ? Les magistrats examineront s'il y a transaction unique composée de deux clauses, ou deux transactions distinctes : au premier cas, ils prononceront la nullité en ce qui concerne la renonciation à l'état, et ils maintiendront l'acte pour le surplus ; au deuxième cas, ils considéreront l'acte comme indivisible; ils ne verront dans cet acte qu'une seule transaction composée de deux clauses ; celle relative aux intérêts pécuniaires ne sera pour eux qu'une question secondaire ; ils annuleront le tout ; en un mot, ils ont à rechercher quelle a été l'intention des parties ; dans le doute, ils inclineront pour l'indivisibilité (4).

339 — Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère,

(1) Demante, Progr., t. 1er, n° 522; Demolombe, nos 495, 552 et suiv.

(2) Zach., t. 4, p. 82; Troplong, Transactions, art. 2045, 2046; — Cass., 12 juin 1838, Pal., 1838, 2, 366; Dev., 1838, 1, 695; Cass., 27 février 1839, Dev., 1839, 1, 161; Pal., 1839, 1, 218; et Cass., 22 avril 1839, Pal., 1840, 2, 461; Limoges, 6 juillet 1832; Cass., 7 mai 1833, Pal.

(3) Demolombe, n° 517; — Cass., 22 avril 1840, Pal., 1840, 2, 461.

(4) Demolombe, n° 517; — Cass., 3 mai 1830, D., 1830, 1, 252; 17 janvier 1837, Dev., 1837, 1, 247; 12 juin 1838, Dev., 1838, 1, 695; Pal., 1838, 2, 366; 27 février 1839, Dev., 1839, 1, 161; Pal., 1839, 1, 218; 21 avril 1840, Dev., 1840, 1, 873; Pal., 1840, 2, 461; Grenoble, 8 août 1832, D., 1833, 2, 29. *Voy.* cep. Aix, 16 juin 1836, Pal., 1837, 1, 192.

de même que toute réclamation de la part de l'enfant, pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt.

= « La reconnaissance des enfants naturels, disait M. Duveyrier, peut nuire à tout autre qui aurait plus de tendresse et plus de raison pour se dire père de l'enfant; elle peut nuire à l'enfant qui a déjà trouvé ou qui réclame un autre père. La reconnaissance faite par le père, ou la réclamation élevée par l'enfant, peuvent l'une aussi bien que l'autre nuire à des héritiers légitimes ; les divers intérêts et tous autres qu'il est impossible de prévoir et de désigner ont indiqué la justice et la nécessité d'une disposition générale qui donne à tous ceux qui y ont intérêt le droit de contester soit la reconnaissance faite par le père ou la mère, soit la réclamation élevée par l'enfant... C'est l'acte qu'il s'agira d'attaquer ; la forme, si elle n'est point régulière; son texte, si le mensonge ou la fraude l'a dicté. » — Par exemple, on est admis à soutenir qu'il y a eu impossibilité physique de cohabition entre celui qui prétend être père et la véritable mère.

Mais une simple dénégation ne suffirait pas pour arrêter l'effet de la reconnaissance volontaire : foi est due à cette déclaration tant qu'on ne prouve point le mensonge ou l'erreur (1) ; il faut la combattre judiciairement.—Du reste, la loi n'excepte aucun moyen; elle n'exige pas même de commencement de preuve: cette condition est requise pour la recherche de la paternité; elle n'est nullement prescrite lorsqu'il s'agit de détruire par témoins l'effet d'une déclaration contraire à la vérité; lorsque la preuve est négative (2): les tribunaux rechercheront, dans les faits et documents de la cause, des éléments de décision (3).

Pour être admis à contester, il faut avoir un intérêt né et actuel (arg. de l'article 187), soit moral, soit pécuniaire. L'intérêt est toujours ouvert dans la personne de l'enfant : il lui importe beaucoup, en effet, de ne pas être reconnu par un individu qui lui est étranger (4).—Duranton (nos 261 et 262) remarque avec raison que l'enfant ne parviendra que bien difficilement à repousser l'effet de la reconnaissance du prétendu père, si la mère ne se joint à lui pour la contester.—Au surplus, nous le répétons, ce sont là des moyens de fait livrés entièrement à la sagacité du juge.

L'intérêt existe également dans la personne du père ou de la mère qui a déjà reconnu l'enfant (5), ou même qui se propose de le reconnaître ;

(1) Paris, 11 ventôse an XII; Cass., 8 décembre 1829, Dev. Pal.; Paris, 21 décembre 1839, Pal., 1840, 1, 33.

(2) Demolombe, nos 441 et suiv., 534 et 535; — Paris, 21 décembre 1859, Dev., 1840, 2, 448 ; Cass., 10 février 1847, Dev., 1847, 1, 49.

(3) Douai, 7 juin 1842, Pal., 1842, 2, 209.

(4) Proudhon, t. 2, p. 104; Dur., no 266; Toullier, no 964; Merlin, vo Bâtard, sect. 2, no 3, Filiation; — Rouen, 15 mars 1826, Dev. Pal.; Nîmes, 2 mai 1837, Pal., 1837, 2, 285; Dev., 1837, 2, 317; Douai, 7 juin 1842, Pal., 1842, 2, 209.

(5) Loiseau, p. 508 et 517; Dur., no 263; Locré, Législ., t. 6, p. 126 à 137; Delv., t. 1, p. 241 Proudhon, t. 2, p. 104; Toullier, no 965.

car une reconnaissance mensongère peut causer un grave préjudice à l'un ou à l'autre, sous le rapport de l'autorité paternelle, de la considération et même des droits pécuniaires; notamment, en cas de mort de l'enfant (art. 756).—Si la déclaration de maternité ou de paternité avait eu lieu sur les recherches de l'enfant, rien ne s'opposerait même à ce que le réclamant formât tierce opposition au jugement. (Demolombe, nº 515.)

Quant aux parents (en ligne directe ou en ligne collatérale) de l'auteur d'une reconnaissance, ils n'ont point d'intérêt né et actuel du vivant de ce dernier : cet intérêt ne naîtra pour eux qu'à sa mort, s'ils sont appelés à lui succéder; car un intérêt pécuniaire est le seul qu'ils puissent invoquer (1).

338 — L'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime. Les droits des enfants naturels seront réglés au titre *des Successions*.

= La déclaration anticipée que renferme cet article a eu pour but principal de rassurer l'esprit public, vivement préoccupé, à l'époque où le Code a été publié, de la question de savoir si la disposition de la loi de brumaire an II, qui accordait aux enfants naturels les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, serait maintenue.

La filiation naturelle produit les mêmes effets, de quelque manière qu'elle soit établie, par un acte de reconnaissance ou par une décision judiciaire; que ce soit la paternité ou la maternité qui ait été recherchée.

Quelques personnes avaient enseigné, dans les temps primitifs du Code, que l'enfant naturel dont la filiation n'était constatée que par un jugement ne pouvait réclamer que des aliments, et qu'il n'avait aucun droit héréditaire (2); mais cette distinction est aujourd'hui généralement repoussée (3).

Des enfants incestueux et des enfants adultérins.

335 — Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin.

= Tel est le caractère de réprobation attaché au commerce adultérin ou incestueux, que les fruits de ces déplorables unions ne peuvent être reconnus; la loi ne tolère pas la révélation d'un semblable fait d'immoralité. D'ailleurs, dans l'intérêt même de l'enfant, il importe que son origine reste ensevelie.

(1) Rouen, 15 mars 1826, D., 1827, 2, 123, Dev. Pal.; Nîmes, 2 mai 1837, Dev., 1837, 2, 317; Cass., 15 février 1859 et 22 janvier 1840, Dev., 1840, 1, 118 et 125; Douai, 7 juin 1842, Pal., 1842, 2, 209.

(2) Merlin, Rép., vº Succession, sect. 2, § 2, art. 1er; Quest., vº Maternité, t. 291.

(3) Demolombe, nº 559; Delv., p. 90, nº 4; Chabot, Success., art. 756, nº 7; Rolland, nºs 280 et 360; Dur., nº 255; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 61; — Paris, 27 juin 1812; Rouen, 17 mars 1815, Pal. Dev.; Caen, 7 avril 1832, Pal.

Exemple : un enfant est inscrit sous le nom de sa mère et comme né de père inconnu ; le frère, l'oncle de la mère ou un homme marié le reconnaissent ensuite : la reconnaissance sera nulle (335, 336 et 339 comb.) ; l'enfant restera naturel simple, malgré la reconnaissance du père.

Mais *quid* si l'enfant avait été reconnu par le frère ou par l'oncle de la mère? cette mère pourrait-elle ensuite reconnaître efficacement son enfant? devrait-elle, au préalable, faire tomber la déclaration de paternité? l'enfant serait-il en ce cas recevable à rechercher la maternité? Si d'une part on déclare la reconnaissance valable (ainsi que le décident Dur., nos 198 et suiv., t. 3, et Zach., p. 90, en se fondant sur ce que la paternité est un fait incertain et conjectural, tandis que la maternité est certaine), on se met en opposition avec l'article 335, qui ne permet pas la reconnaissance des enfants incestueux ou adultérins ;—si d'autre part on décide que la reconnaissance de la mère est nulle, on paralyse la disposition de l'article 339, qui accorde aux intéressés le droit de contester la reconnaissance, et celle de l'article 341, qui permet de rechercher la maternité ; en un mot, on prive l'enfant du bénéfice des articles 339 et 341 : ainsi, l'une et l'autre décision seraient en contradiction avec des principes également formels.

Dans cet état de choses, il nous semble conforme à toutes les règles d'autoriser l'enfant à contester la reconnaissance du père : si elle est mensongère, comme il y a lieu de le craindre, les tribunaux l'annuleront, et alors l'enfant pourra, en vertu de l'article 341, rechercher sa mère. — On dit, il est vrai, que cette reconnaissance est étrangère à l'enfant ; qu'aucun texte ne lui impose l'obligation de la faire annuler d'abord, pour être admis à réclamer son véritable état ; qu'il la conteste suffisamment en recherchant une autre filiation ; que, si on lui oppose la première reconnaissance, il la repoussera, par voie de simple exception, comme nulle et de nul effet, comme n'ayant pu avoir lieu aux termes des articles précités ; que la même décision qui statuera sur la deuxième reconnaissance fera tomber par le fait la première (1).

Nous répondrons qu'il y a un acte authentique, valable dans son principe ; un acte qui fait foi, de même que tous autres actes de l'état civil, tant qu'il n'est pas détruit ; que la reconnaissance, étant l'aveu d'un fait, produit son effet, bien que l'enfant ne l'ait pas acceptée ; sauf le droit de contester, que lui réserve la loi. — Cette reconnaissance est-elle sincère et véritable? A-t-elle attribué à l'enfant la filiation qui est la sienne? Là est toute la question : la validité de la deuxième reconnaissance sera subordonnée à la nullité de la première. Si celle-ci est valable, dit Demolombe, no 569, je n'admettrai pas la recherche de la maternité contre la nièce ou la belle-sœur de cet homme, pas plus que je n'admettrais la reconnaissance volontaire de l'enfant de cette nièce ou de cette belle-sœur : l'existence simultanée de ces deux reconnaissances incompatibles serait un scandale.

(1) Bordeaux, 12 février 1838, Dev., 1838, 2, 406; Cass., 13 février 1839, Dev., 1840, 1, 117.

Du reste, presque toujours le jugement sur la paternité préjugera la question de maternité ; aussi pensons-nous que la mère peut intervenir dans l'instance, et que, dans tous les cas, le tribunal, s'il est saisi de l'une et l'autre action, peut ordonner la jonction, à l'effet de statuer sur le tout par un seul et même jugement.

Quid si deux personnes, parentes au degré prohibé pour le mariage, ont reconnu l'enfant par un seul et même acte, ou si l'une d'elles était mariée à l'époque où cet enfant a été conçu? Les deux reconnaissances doivent être privées d'effet, car l'une était la condition de l'autre (1).

Au résumé, la loi n'admet aucune révélation de la filiation adultérine ou incestueuse; elle repousse tous les genres de preuve par lesquels on prétendrait l'établir : la reconnaissance ne produit, en pareil cas, aucun effet juridique ; elle ne peut être invoquée ni par l'enfant ni contre lui : par exemple, elle ne donnerait lieu ni à l'application de l'art. 762 ni à celle de l'article 908.

Les circonstances peuvent l'emporter sur le vœu du législateur : ainsi, deux personnes engagées déjà dans un précédent mariage, ou parentes au degré prohibé pour le mariage, se sont unies : les enfants qui leur surviendront seront incestueux (161, 162 et 163) ; sauf ensuite l'effet des articles 201 et 202, en cas de bonne foi. — L'enfant conçu pendant le mariage et désavoué par le mari est nécessairement adultérin (312 et 313). —Une femme mariée qui a été victime d'un enlèvement met au monde un enfant dont la conception coïncide avec l'époque du crime : par suite d'une erreur de fait ou de droit, un jugement passé en force de chose jugée, surpris au tribunal, déclare la recherche de paternité bien fondée au fond, et attribue la paternité au ravisseur : l'enfant sera nécessairement adultérin.—Nous supposons le cas d'erreur ; car, en principe, la recherche de paternité ne peut avoir lieu même dans le cas exceptionnel de l'art. 340, lorsqu'elle doit avoir pour résultat d'imprimer à l'enfant le caractère d'incestueux ou d'adultérin. (*Voyez* art. 342; Zach., p. 95.)

C'est à ces seules hypothèses que s'appliquent, soit implicitement, soit explicitement, les dispositions légales relatives aux enfants incestueux ou adultérins (762 et 763) : dans tous autres cas, les articles 335 et 342 reçoivent leur effet; ces articles sont conçus en termes généraux et absolus.

Il est bien entendu que l'incapacité de recevoir, prononcée contre l'enfant, est limitée à ses père et mère, et qu'il est capable vis-à-vis de toutes autres personnes.

— La reconnaissance volontaire d'un enfant adultérin ou incestueux est-elle absolument sans effet?

(1) Locré, Législ., t. 6, p. 329, n° 49; Zach., p. 89; Merlin, Rép., v° Filiation, n° 19;— Angers, 8 décembre 1824; Cass., 1er août 1827; Nîmes, 13 juillet 1824, Pal. Dev; Rouen, 26 juillet 1838, Dev., 1838, 2, 401 et 406 ; Bourges, 4 janvier 1839, Dev., 1839, 2, 289; Cass., 13 février 1839 et 22 janvier 1840, Dev., 1840, 1, 118 et 120.

Premier système.— La loi ne déclare pas nulle cette reconnaissance; elle se borne à dire qu'elle ne peut avoir lieu : mais, en fait, si, par erreur ou autrement, l'officier public l'a reçue, qu'adviendra-t-il? L'article 762 décide que cet enfant ne pourra prétendre qu'à des aliments ; donc les enfants incestueux ou adultérins sont seulement privés des droits de succession et de famille.— « Un homme signe comme père l'acte de naissance sans faire connaître qu'il est marié à une femme autre que la mère du nouveau-né, ou que la mère est sa sœur (1) : l'aveu de ce fait écrit dans l'acte de naissance restera à l'enfant »..... « Si l'enfant reconnu se présente à la succession pour y exercer les droits d'enfant naturel, disait Siméon dans son discours au tribunat, on le repoussera par la preuve qu'il est né d'un père qui ne pouvait légalement l'avouer; mais l'aveu de fait, écrit dans son acte de naissance, lui restera et lui procurera des aliments. » (Siméon, exposé des motifs. Locré, Législ. civ., t. 10, p. 394; t. 11, 25) (2).

Deuxième système. — La reconnaissance d'un enfant incestueux ou adultérin aura effet contre lui, mais pas pour lui : argument de cette expression de l'article 335 : *au profit des*, etc.— Ainsi, d'une part, l'enfant ne pourra pas réclamer d'aliments (762); d'autre part, il ne pourra recevoir de libéralités de son auteur (3). ∽ Dans ce système, le même acte serait tout à la fois valable et nul : on ne peut supposer que le législateur ait voulu consacrer une telle inconséquence ; c'est argumenter trop judaïquement sur les mots (4).

Troisième système. — La reconnaissance produit son effet en faveur de l'enfant, mais non pas contre lui : il jouit du bénéfice de l'article 762, sans être soumis à l'article 908. ∽ Ce système a le même inconvénient que le précédent ; il scinde les art. 335 et 762, articles qui sont liés cependant par une connexité intime, et laisse subsister l'antinomie apparente de ces dispositions.

Quatrième système. — L'article 762 reçoit son application lorsque la reconnaissance faite par le père ou la mère a été acceptée par l'enfant (5). ∽ Étrange décision! Est-ce que les dispositions légales relatives à l'état des personnes ne sont pas indépendantes de leurs conventions privées? est-ce que l'acceptation de l'enfant peut rendre valable une reconnaissance que la loi déclare nulle?

Tous ces systèmes ont eu pour objet de résoudre l'antinomie que l'on a prétendu trouver entre les articles 335, d'une part, et 762 d'autre part; antinomie qui n'existe pas, ainsi que nous l'avons démontré, puisque la filiation des enfants adultérins ou incestueux peut se trouver légalement prouvée, indépendamment de tout acte de reconnaissance, par la force même des choses.—En supposant que ces mots de l'article 335 : *la reconnaissance ne pourra avoir lieu*, etc., ne paraissent pas assez formels pour qu'on puisse en induire une nullité absolue, pour que l'acte doive être considéré comme non écrit ; si l'on se reporte au

(1) Valette sur Proudhon, p. 157; — Lyon, 28 mars 1835, Dev., 1835, 2, 241; Paris, 14 décembre 1835, Dev., 1836, 2, 65, Pal.

(2) Merlin, Rép., v° Filiation, nos 20-22 ; v° Aliments, § 1er, art. 2; Delv., p. 90, no 2 ; Toullier, t. 2, nos 967-969; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 155-158; Rolland de Villargues, Enfants naturels, no 250; Dur., no 209; Vazeille, Success., sur l'art. 762; — Cass., 28 prairial an XIII; Bruxelles, 29 juillet 1811; Nancy, 2, 94 ; 20 mai 1816 ; Toulouse, 5 mars 1827, Dev., 1827, 2, 162 Dev. Pal.; Lyon, 25 mars 1835, Dev., 1835, 2, 251; Pal., 1837, 2, 525; Rennes, 31 décembre 1834, Dev., 1836, 2, 506, Pal.; Paris, 14 décembre 1835, Dev., 1836, 2, 65, Pal.; 22 juin 1839, Pal., 1839.

(3) Poitiers, 7 avril 1824; D., 1825, 2, 103, Dev. Pal.

(4) Cass., 1er août 1827, S., 1828, 1, 49, Dev. Pal.; Bordeaux, 21 décembre 1835, Dev., 1837, 2, 71, Pal.

(5) Bordeaux, 21 décembre 1835, Dev., 1837, 2, 71, Pal.

but que le législateur s'est proposé, on reconnait bientôt qu'il a donné à l'article 335 une autorité que les interprètes lui refusent; qu'il a voulu ensevelir dans l'ombre, autant que possible, la révélation de tels désordres, et prévenir le scandale d'un procès qui pourrait avoir pour résultat d'appeler la justice à consacrer, comme productive de certains droits et de certaines obligations, une reconnaissance qui blesse les bonnes mœurs. — Aux explications données par M. Siméon nous opposerons le passage suivant de l'exposé des motifs, par M. Duveyrier : «... Cette reconnaissance sera impossible, s'il faut l'appuyer sur l'inceste ou sur l'adultère; l'officier public ne la recevra pas; et si malgré lui l'acte contient le vice qui l'infecte, cette reconnaissance nulle ne pourra profiter à l'enfant adultérin ou incestueux, pour qui elle aura été faite.» — Il nous parait évident que la nullité prononcée par l'article 335 est absolue; que la reconnaissance volontaire d'un enfant incestueux ou adultérin ne peut produire aucun effet juridique, soit pour lui, soit contre lui (1).

Puisque la reconnaissance d'un enfant incestueux ou adultérin est absolument nulle, il est clair que les libéralités faites à cet enfant par son auteur sont valables.—Toutefois, la question de savoir si elles doivent être maintenues, lorsqu'elles sont consignées dans l'acte de reconnaissance, est controversée : pour établir que la libéralité doit être annulée, on dit : 1° que les énonciations corrélatives d'un même acte formant un titre unique et indivisible, la libéralité ne peut être réclamée par l'enfant, sans qu'à l'instant la reconnaissance se retourne contre lui; 2° que la libéralité ne peut produire d'effet, puisqu'elle est fondée sur une cause prohibée par la loi (1131 et 1133) (2).

Mais, en droit, on peut répondre que, la reconnaissance étant nulle, l'acte doit produire son effet en ce qui touche la libéralité; car il renferme deux titres juridiques essentiellement distincts et indépendants l'un de l'autre.— Rien n'établit, en effet, que la libéralité ait pour cause la reconnaissance; en fût-il ainsi, on pourrait même, ce nous semble, prétendre, avec quelque raison, que les art. 1131 et 1133 ne reçoivent d'application que lorsqu'il s'agit d'une obligation conventionnelle, et qu'une disposition à titre gratuit ne peut être annulée comme ayant une cause illicite; les principes, en effet, sont tout différents : la cause, lorsque l'acte est à titre onéreux, étant pour chacune des parties ce que l'autre s'engage à donner, à faire ou à ne pas faire : *Do ut des, vel ut facias*, on conçoit que le défaut de cause ou la cause illicite doive entraîner la nullité de l'acte : mais quand la disposition est à titre gratuit, la cause, le motif impulsif et occasionnel, c'est l'intention d'exercer une libéralité, de conférer un bienfait. (900 C. C.) (Pothier, Oblig., n° 42.) Peu importe, dès lors, que la reconnaissance soit valable ou nulle.—La loi, il est vrai, prohibe certaines libéralités, à raison de l'impureté de leur cause (908);

(1) Locré, Législ. civile, t. 6, p. 525; Grenier, Don., n° 130; Dur., nos 195-209, t. 3; Duvergier sur Toullier, t. 2, n° 967, note 1re; Toullier, n° 417, t. 1er; Zach., t. 4, p. 89; Demolombe, nos 581 et suiv.; Favard, vo Enfant adultérin; Malleville sur les articles 340 et 762; Chabot, Succ., sur l'article 762; Loiseau, p. 732 à 740; Grenier, Don., t 1, n° 130 *bis;* Malpel, succ., nos 168 à 170;— Cass., 28 juin 1815, S., 1815, 1, 329, Dev. Pal.; 22 novembre 1819, D., 1820, 1, 1801; 6 avril 1820, Dev. Pal.; 9 mars 1824, D., 1824, 1, 97, Dev. Pal.; 1er août 1827, 18 mars 1828, Dev. Pal.; 8 février 1836, Dev., 1836, 1, 241, Pal.; 3 février 1841, Pal., 1841, 1, 369; 8 mars 1846, Dev., 1847, 1, 30; 19 avril 1847, Dev., 1847, 1, 562; Paris, 13 août 1812; Rouen, 6 juillet 1820, Dev. Pal.; Montpellier, 19 janvier 1852, Pal. Dev., 1852, 2, 58; Cass., 14 décembre 1857, 2, 564, Dev., 1858, 1, 29; Limoges, 9 juin 1858, Pal., 1858, 2, 466; Poitiers, 7 avril 1824, 11 décembre 1824, Dev. Pal.; Bordeaux, 21 décembre 1835, Pal.; Poitiers, 21 octobre 1825, Dev. Pal.

(2) Merlin, Rép., vo Filiation, n° 20; Chabot sur l'article 762; — Angers, 8 décembre 1824, Dev. Pal.; Cass., 13 juillet 1826, Dev Pal.; Toulouse, 5 mars 1827, Dev. Pal.; 4 janvier 1852, D., 1852, 1, 146, Pal.; Paris, 14 décembre 1855, Pal.; 7 décembre 1840, Dev., 1841, 1, 140; 3 février 1841, Dev., 1841, 1, 117; 19 avril 1847, D., 1847, 1, 128; Lyon, 15 mars 1847, D., 1847, 2, 75.

mais alors, elle prononce des incapacités, par une disposition spéciale et formelle : ce ne sont là que des exceptions, en dehors desquelles on rentre nécessairement dans le principe général de l'article 902 (1).

Doit-on appliquer aux père et mère adultérins ou incestueux la disposition de l'article 911? ∽ L'affirmative est admise par la jurisprudence; il y a, dit-on, mêmes raisons que pour les enfants naturels simples. — Spécialement, on considère la mère comme personne interposée, pour les libéralités qui lui sont faites par le père de l'enfant, et réciproquement (2).

342 — Un enfant ne sera jamais admis à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, dans les cas où, suivant l'article 335, la reconnaissance n'est pas admise.

= Le législateur a voulu éviter, par cette disposition, le scandale que causerait un enfant incestueux ou adultérin, en recherchant son état dans la preuve de la faute de ceux dont il se prétendrait issu : *frustra probatio quod probatum non relevat.*

L'enfant ne pourrait se prévaloir de l'acte de reconnaissance, ou rechercher sa filiation, à l'effet de se procurer des aliments (3), quand même des lettres missives (4) ou des présomptions graves (5) démontreraient l'inceste ou l'adultère.

L'article 342 suppose que l'action est introduite par l'enfant; mais nous n'hésiterions pas à faire l'application des mêmes règles au cas où des tiers voudraient diriger des recherches contre lui; par exemple, pour faire réduire à la mesure d'une pension alimentaire les libéralités qu'il aurait reçues (6) de ses père et mère.—En principe, toute recherche qui aurait pour résultat d'imprimer à l'enfant la qualité d'incestueux ou d'adultérin est interdite, qu'elle ait lieu du chef de l'enfant ou contre lui, par voie d'exception ou par voie d'action.

—Les enfants adultérins ou incestueux peuvent-ils transiger sur leur état? ∽ La transaction ne peut avoir lieu que sur les intérêts pécuniaires.—Si la convention porte à la fois sur l'état civil et sur des questions d'intérêt, elle peut être annulée pour une partie et maintenue pour l'autre; en supposant, bien entendu, que les deux clauses ne soient pas intimement liées (7). — Par suite, on a jugé que, si l'enfant avait été admis au partage d'une succession, par exemple en qualité d'enfant légitime, les copartageants pourraient, bien qu'ils eussent agi sciemment,

(1) Demolombe, nos 588 et suiv.; Zach., p. 93; — Cass., 28 juin 1815; Paris, 13 août 1812, 9 mars 1824; Grenoble, 29 janvier 1831, Dev., 1833, 2, 528, Pal.; Rennes, 31 décembre 1834, Pal.; Cass., 15 juillet 1846, Dev., 1846, 1, 722.

(2) Dur., no 246, t. 8; Zach., t. 4, p. 96; — Cass., 13 août 1806, S., 1807, 1, 1104; 13 juillet 1813, S., 1813, 1, 361; 1er août 1827, S., 1827, 1, 49, Del. Pal.; Angers, 8 décembre 1824, S., 1826, 2, 47; Toulouse, 5 mars 1828, S., 1827, 1, 62; Lyon, 25 mars 1835, Dev., 1835, 2, 241, Dev. Pal.

(3) Cass., 4 décembre 1837, Pal., 1837, 2, 564. — *Voy.* cep. Rennes, 31 décembre 1834, Pal.; Paris, 22 juin 1839, Pal., 1839, 2, 94.

(4) Cass., 1er avril 1818; Amiens, 20 février 1819, Dev. Pal.

(5) Cass., 7 décembre 1816, Dev. Pal.

(6) Paris, 6 juin 1809; Bourges, 7 mai 1810; Cass., 14 mai 1810, 14 mai 1811; 17 décembre 1816; 1er avril 1818; Grenoble, 21 juin 1821, Dev. Pal.; Toulouse, 15 avril 1834, Pal.

(7) Cass., 12 juin 1838; Orléans, 6 mars 1841, Pal., 1841, 2, 241.

revenir sur le chef relatif à l'état civil, empêcher l'enfant de porter le nom de la famille, faire même rectifier les actes dans lesquels il aurait pris cette fausse qualité; mais qu'ils ne seraient pas recevables à revenir sur le partage (1).

Nous terminerons par quelques mots sur les effets généraux de la filiation adultérine ou incestueuse, dans les cas exceptionnels où elle est légalement établie.—Aucun article ne statuant sur ce point, il faut procéder par induction:

En principe, toutes les règles établies sur la filiation naturelle, à l'exception de celles qui sont relatives aux droits de succession et aux devoirs d'éducation, toutes celles, en un mot, qui ont pour base la morale, s'appliquent aux enfants incestueux ou adultérins:

Ainsi, ces enfants portent le nom de leur père, ou celui de leur mère, lorsque la filiation ne se trouve légalement constatée qu'à l'égard de la mère (2).

Ils doivent honneur et respect à leurs père et mère (3).

Ils sont soumis aux mêmes prohibitions et incapacités que les enfants naturels proprement dits (*voy.* art. 161, 162, 251, 908, 911, 975 C. civ.; 268 Pr.; 322 Inst. crim.; loi du 17 avril 1832 sur la contrainte par corps, art. 19) (4).

Ils ont droit à des aliments, soit pendant leur minorité, soit pendant leur majorité, s'ils se trouvent dans le besoin (208, 209, 762, 764).

Les aliments leur sont dus même sur la succession de leurs père et mère (763), à moins que, de leur vivant, ils ne leur aient assuré des moyens d'existence, soit par des libéralités, soit en leur faisant apprendre un art mécanique (764).

Les père et mère sont tenus des aliments, eu égard à leurs facultés et aux besoins de l'enfant (208). — Après leur mort, on considère, pour en fixer le montant, les besoins de l'enfant, les forces de l'hérédité, le nombre, la qualité des héritiers.

Mais l'enfant ne peut exiger que des aliments, lors même que ses père et mère sont morts sans héritiers et sans avoir disposé de leurs biens (762, 768, 908).

Bien plus, les donations qu'il aurait reçues seraient réduites, sur la demande des parties intéressées, aux limites d'une pension alimentaire en cas d'excès.

Quant aux père et mère, ils ne peuvent exercer, sur la succession de l'enfant incestueux ou adultérin, les droits déterminés par l'article 765; cet article concerne exclusivement les père et mère naturels (5).

(1) Aix, 12 décembre 1839, Pal., 1840, 1, 349; Orléans, *ibid.*

(2) Demolombe, n° 396; Loiseau, p. 730; Zach., p. 96; — Paris, 22 mars 1828; Douai, 26 décembre 1835, Dev., 1837, 2, 188, Pal.; Aix, 12 décembre 1839, Pal., 1840, 1, 349. *Voy.* cep. Cass., 22 juin 1819; Angers, 8 décembre 1824.

(3) Loiseau, p. 744 et 745.

(4) Delv., t. 2, p. 208 et 209; Dur., t. 8, nos 246 et 272; Favard, Rép., vo Enfant adultérin, n° 4; vo Enquête, sect. 1re, n° 9; — Cass., 6 avril 1809; Angers, 13 août 1806; Cass., 13 juillet 1813; Angers, 8 décembre 1824; Toulouse, 5 mars 1827; Cass., 1er août 1827, Dev. Pal.; Lyon, 25 mars 1835, Dev., 1835, 2, 241, Pal.

(5) Nîmes, 12 juillet 1828, S., 1825, 2, 318; Montpellier, 19 janvier 1832, Pal., Cass., 4 dé-

Nous ne pensons pas qu'ils puissent réclamer des aliments de leur enfant, bien qu'en principe cette obligation soit réciproque (207).

Les frères et sœurs de l'enfant incestueux ou adultérin ne sont point appelés à lui succéder. La loi ne reconnaît pas le lien naturel qui les unit à cet enfant (1); l'article 766 ne concerne que les enfants naturels simples.

Les père et mère des enfants incestueux ou adultérins n'ont point la puissance paternelle; ils n'inspirent point assez de confiance pour qu'on puisse les investir de cette magistrature domestique, qui a pour principale mission de corriger un enfant, de diriger son éducation, de former ses mœurs; l'article 383 ne concerne que les père et mère des enfants naturels légalement reconnus.

Nous déciderons, par les mêmes motifs, qu'ils se trouvent exclus de la tutelle légitime (2).

Il est bien entendu que l'enfant incestueux ou adultérin est civilement étranger aux parents légitimes et aux alliés de ses père et mère (3).

RÉSUMÉ DU TITRE VII.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION.

Les mots *paternité* et *filiation* expriment, l'un la qualité de père, et l'autre la qualité de fils; en d'autres termes, le rapport de génération qui existe entre l'enfant et ses père et mère.

La *paternité* (dénomination générale qui comprend également ici le lien paternel et le lien maternel) est *naturelle*, *civile*, ou *mixte* (c'est-à-dire *légitime*).

Occupons-nous d'abord de la filiation des enfants légitimes.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES.

La qualification d'*enfant légitime* suppose que l'enfant est issu du mariage; par conséquent, celui qui réclame le bénéfice de la légitimité doit prouver deux choses : 1° le mariage de ses père et mère; 2° sa filiation. — La question de filiation doit seule nous occuper ici.

Pour connaître la filiation d'un enfant, c'est l'époque de sa conception qu'il faut considérer, car l'enfant vit dans le sein de sa mère : tout, à cet égard, repose sur des probabilités; le législateur s'est borné à dé-

cembre 1837, Pal., 1837, 2, 564; Limoges, 9 juin 1838, Pal., 1838, 2, 466; Cass., 8 février 1836, Pal.; 5 février 1841; Pal., 1841, 1 369.

(1) Chabot sur l'article 765, n° 4; Malpel, Succes., n° 175; Zach., p. 98.—*Voy.* cep. Dur., n° 339, t. 6.

(2) Malpel, *ibid.*; Chabot, *ibid.*; Favard, Rép., v° Enfant adultérin, n°s 2 et 3; Zach., p. 98;— Nîmes, 13 juillet 1834, Dev. Pal.

(3) Cass., 6 avril 1809, Dev. Pal.

terminer, d'après l'avis des gens de l'art, les limites extrêmes de la gestation la plus courte et de la gestation la plus longue : il a fixé, pour le premier cas 180 jours, et pour le second 300 jours.

Pour que l'enfant né pendant le mariage soit réputé légitime, il faut, dès lors, que la cohabitation ait été possible avant le 180e jour de la naissance.

Observons ici que la loi ne compte point par heure (*de momento ad momentum*), mais par jour (*de die ad diem*), et que le jour légal est de 24 heures, de minuit à minuit.

Le jour *à quo*, c'est-à-dire, le jour auquel il faut remonter pour faire le calcul du temps de la gestation, le point de départ, est compris dans le terme. — Le jour *ad quem*, c'est-à-dire, le jour de la naissance, n'y est pas compris. — Ainsi la gestation la plus courte est de 179 jours pleins, plus deux fractions; et la gestation la plus longue, de 299 jours pleins, plus deux fractions. (P. 63, 64 et 67.)

De l'enfant conçu et né pendant le mariage (312-313).

L'enfant né pendant le mariage est légalement présumé légitime : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

Si le père ou ses héritiers prétendent repousser les effets de cette présomption, ils doivent désavouer. — On distingue le désaveu, de la contestation de légitimité. (P. 62.)

L'enfant qui succombe dans une action en désaveu est réputé adultérin : le mari peut alors s'armer du jugement et faire prononcer la séparation de corps pour adultère. (*Voy.* p. 65.)

La légitimité suppose la cohabitation : le demandeur en désaveu doit établir, dès lors, que tous rapports entre lui et sa femme ont été physiquement impossibles à l'époque où se place légalement la conception, c'est-à-dire, dans l'intervalle du 300e au 180e jour avant la naissance de l'enfant.

En matière de filiation, on distingue l'impossibilité *physique* et l'impossibilité *morale*.

L'impossibilité physique ne peut résulter que de deux causes : 1° de l'éloignement, — 2° de l'impuissance causée par un accident; — c'est là une question de fait. — Les tribunaux prononcent eu égard aux circonstances.

Questions. — L'impuissance accidentelle antérieure au mariage est une cause de désaveu. (P. 67.)

Le désaveu n'est pas admis, en cas de non-viabilité de l'enfant. (P. 68.)

L'*impuissance naturelle*, l'*adultère* et le *recel* de la naissance, considérés isolément, ne peuvent fonder une action en désaveu. — Bien plus, lorsque ces trois circonstances se trouvent réunies, elles ne suffisent pas encore pour établir le fait d'illégitimité; mais de graves probabilités s'élèvent contre l'enfant : le mari est alors admis à compléter la preuve par des faits constitutifs de l'*impossibilité morale*, c'est-à-dire, à prou-

ver, par voie d'inductions tirées de certains faits, qu'encore bien que la maternité soit constante, on ne peut lui attribuer la paternité.

Ces faits peuvent être établis simultanément dans la même procédure : tout ce que la loi veut, c'est qu'ils soient prouvés spécialement et non par voie de conséquence. (P. 71.)

L'assemblée nationale a décrété un article additionnel (les 6-15 décembre 1850), relatif au cas de séparation de corps. — De ce décret résultent les trois points suivants :

1° La séparation de corps équivaut à la réunion des trois faits d'impuissance *naturelle*, d'*adultère* et de *recel ;* elle suffit pour faire admettre la preuve de l'impossibilité morale de cohabitation.

2° L'effet du jugement remonte à l'ordonnance qui autorise la femme à se retirer hors de la maison conjugale.

3° Cet effet de la séparation provisoire n'est pas subordonné au succès de la demande en séparation de corps (P. 72.)

De l'enfant né pendant le mariage, mais conçu auparavant (314).

L'enfant né le 180e jour du mariage est *légitime ;* s'il naît viable avant le 180e jour, il est *naturel* (art. 314).

Toutefois, la présomption légale de légitimité ne cesse pas de plein droit : l'enfant se trouve en possession provisoire de la légitimité, sauf au mari à le désavouer : — mais alors, il lui suffit, pour détruire cette présomption, de démontrer le fait, sans recourir à d'autres preuves.

On ne s'accorde point sur la question de savoir si l'enfant doit être réputé *légitime* ou seulement *légitimé :* nous pensons qu'il se trouve dans une position toute spéciale.— Du reste, dans tous les systèmes, on admet que l'enfant ne peut se prévaloir du bénéfice de la légitimité qu'à partir de la célébration du mariage. (P. 75.)

La règle que le mari peut désavouer l'enfant né avant le 180e jour du mariage, souffre exception dans trois cas (p. 76) :

1° S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage ;

2° S'il a assisté à l'acte de naissance ;

3° Si l'enfant est déclaré non viable.

De l'enfant né après la dissolution du mariage (315).

La loi fixe au 300e jour, depuis et non compris celui de la dissolution du mariage, le terme des naissances tardives : l'enfant né le 301e jour est par conséquent illégitime de plein droit.

Pourquoi donc se borner à dire que la légitimité *pourra être contestée ?* Parce que la loi, répond Duveyrier, n'est pas appelée à réformer ce qu'elle ignore. (*Voy.* p. 77.)

Questions. — Les articles 312, 314 et 315, qui déterminent le *minimum* et le *maximum* de la grossesse, s'appliquent, en général, dans tous les cas où il y a lieu de préciser l'époque de la conception, même lorsqu'il s'agit de savoir si l'enfant peut venir à une succession. (P. 78.)

Le tuteur du mari interdit peut, au nom de celui-ci, intenter l'action en désaveu. (P. 79.)

Si l'enfant a été inscrit comme né de père et mère inconnus, par les conseils du mari, les tribunaux prononceront eu égard aux circonstances, en cas de réclamation d'état. (P. 78.)

A qui appartient l'action en désaveu. — Contestation de légitimité.

Du vivant du mari, nul autre que lui ne peut désavouer ; car il s'agit principalement d'une question d'honneur et de conscience.— Mais l'action ne s'éteint pas en sa personne : des effets pécuniaires sont attachés au désaveu, puisqu'il s'agit d'exclure l'enfant du partage de la succession : il a paru convenable, en conséquence, d'appeler les héritiers à l'exercer, à moins que leur auteur n'y ait renoncé : — sous le nom d'*héritiers*, nous comprenons ici tous les individus qui viennent, à un titre quelconque, prendre part à la masse héréditaire, soit expressément, soit tacitement. (P. 80.)

Remarquons surtout qu'il ne s'agit plus alors de repousser l'enfant de la famille, de lui enlever le nom du mari, mais de le priver des avantages attachés à la légitimité; qu'en passant aux héritiers, l'action a changé de nature : pour le mari, elle avait un objet purement moral; pour les héritiers, l'intérêt est pécuniaire. — Nous déciderons, par suite :

1° Que l'action en désaveu ne passe point aux héritiers qui ont renoncé;

2° Que chacun des héritiers agit divisément pour sa part héréditaire;

3° Que les créanciers des héritiers peuvent, au nom de leur débiteur, exercer l'action en désaveu.

Nous parlons des héritiers du mari : à l'égard des héritiers de la femme, ils ne peuvent avoir que les droits qu'elle avait elle-même; or, elle pouvait seulement dénier l'accouchement ou contester l'identité. (P. 81.)

La contestation de légitimité n'est qu'une défense à l'action en réclamation d'état, action imprescriptible.

Dans quels délais doit être exercée l'action en désaveu (316-317).

Les délais déterminés pour l'exercice de l'action en désaveu courent contre toutes personnes, même contre les mineurs et les interdits : il ne s'agit pas, en effet, d'une prescription ordinaire, mais d'une déchéance fondée sur l'ordre public.

Le point de départ et la durée des délais accordés varient, suivant que l'action est exercée par le mari ou par ses héritiers.

En ce qui concerne le mari, trois cas ont été prévus (art. 316) :

Il doit réclamer dans le mois de la naissance de l'enfant, s'il se trouve sur les lieux;

Dans les deux mois après son retour, si à la même époque il était absent ;

Dans les deux mois après la découverte de la fraude, si la naissance lui a été cachée.

Question. — Si le mari était en état de démence, le délai court du jour où il a pu apprécier l'événement. (P. 84.)

A l'égard des héritiers, on distingue : le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile (317); il est mort laissant l'instance pendante :

Au premier cas, ils ont deux mois pour désavouer. — Mais de quelle époque court le délai? La loi distingue : les héritiers veulent se porter demandeurs, ou ils sont défendeurs :

S'ils sont demandeurs, le délai court du jour où l'enfant a pris, *en cette qualité*, possession de quelques biens héréditaires ;

S'ils sont défendeurs, il court du jour où l'enfant les a troublés dans leur possession. (P. 84.)

Questions. — Les héritiers ne peuvent désavouer, s'ils ont renoncé à la succession. (P. 85.)

L'action en désaveu n'appartient ni à la mère ni à ses héritiers. (P. 86.)

Le mari ne peut renoncer au bénéfice du jugement qui a admis le désaveu. (P. 86.)

Si l'enfant, qui ne s'est pas présenté à la succession du mari, élève des prétentions sur la succession d'un fils ou d'un frère du mari, les héritiers peuvent le désavouer dans les délais prescrits par l'art. 317. (P. 86.)

Le mari ou ses héritiers peuvent prolonger les délais qui leur sont accordés par les articles 316 et 317, en désavouant par acte extrajudiciaire. — Cet acte leur procure un mois de plus à partir de sa date.

L'acte extrajudiciaire portant désaveu n'est soumis à aucune forme spéciale.

Forme de l'action en désaveu et de la contestation de légitimité (318).

Le désaveu peut être formé, soit par voie d'action, soit par voie d'exception, comme moyen de défense.

Il doit être dirigé contre l'enfant, s'il est majeur, et s'il est mineur ou interdit, contre un tuteur *ad hoc*, quand même il aurait un tuteur ordinaire. — Le tuteur *ad hoc* est nommé par le tribunal. (P. 88.)

Dans l'un et l'autre cas, la mère doit être mise en cause. (P. 88.)

Question. — Il n'est pas de rigueur que la mère soit mise en cause dans le mois de l'acte extrajudiciaire : il suffit que le désaveu ait été formé dans ce délai contre le tuteur *ad hoc*. (P. 89.)

Effets du jugement qui admet ou qui rejette le désaveu.

Pendant l'instance en désaveu, l'enfant jouit de tous les avantages attachés à la légitimité.

S'il vient à décéder, l'action continue contre ses héritiers.

Le jugement qui admet le désaveu formé par le mari détruit tous les effets de la règle *Pater is est*, etc. — L'enfant est réputé adultérin, s'il a été conçu pendant le mariage. (P. 89.)

Si le désaveu est rejeté, le jugement qui intervient fait loi pour toute la famille.

Quid si le jugement a été rendu entre l'enfant et les héritiers du mari? Il n'a l'autorité de la chose jugée que vis-à-vis de ceux qui ont été parties dans l'instance, soit par eux-mêmes, soit par ceux qu'ils représentent.

Indépendamment de la fin de non-recevoir résultant de l'expiration des délais, l'enfant peut se prévaloir de tous les faits qui emportent, de la part du poursuivant, reconnaissance de sa qualité. (P. 90.)

CHAPITRE II.

PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES.

Le réclamant doit prouver trois choses : 1° le mariage de ses père et mère; 2° sa naissance pendant le mariage; 3° son identité.

La loi suppose, dans ce chapitre, que le mariage est constant; que la filiation seule est douteuse : elle détermine la manière d'en établir la preuve.

Les enfants légitimes peuvent prouver leur filiation de trois manières :

1° *Par la représentation d'un acte de naissance* inscrit sur les registres, à charge par eux de prouver leur identité. (Art. 319, p. 92 et 93.) — Rappelons-nous qu'en matière de filiation légitime, l'indication de la mère est seule essentielle; la loi tire ensuite de ce fait la conséquence que l'enfant appartient au mari.

Question. — La filiation légitime ne peut être établie par un acte de reconnaissance. (P. 93.)

2° *Par la possession d'état.* (Art. 320, p. 94.) La preuve par la possession d'état n'est point placée, sous tous les rapports, sur la même ligne que la preuve par titre : il ne suffit point d'établir qu'elle existe par rapport à la mère, pour qu'on puisse en conclure que le mari est père de l'enfant, conformément à la règle *Pater is est;* il faut prouver qu'elle rattache indivisément l'enfant à l'un et à l'autre.

La possession d'état doit être *constante*, c'est-à-dire, *non interrompue*, *continue*, *suivie*.

La loi prend soin de déterminer les faits principaux qui la constituent. (Art. 321, p. 96.)

Ces faits peuvent être établis par titres, par témoins et même par des présomptions. (P. 96.)

L'acte de naissance et la possession d'état, considérés isolément, ne forment point une preuve irréfragable de la filiation : les adversaires de l'enfant peuvent repousser les conséquences qu'il prétend tirer du titre, en contestant l'*identité*. — Ils peuvent combattre la prétendue possession, en démontrant que les faits ne sont pas concluants. — De son côté, l'enfant peut réclamer contre son titre, ou établir qu'il n'a pas une possession d'état conforme à la vérité.

Mais ces deux éléments de preuve se prêtent un mutuel appui, lorsqu'ils se trouvent réunis : ainsi, l'enfant est non recevable à réclamer une filiation contraire à celle que son titre et la possession d'état lui attribuent ; et réciproquement, nul n'est admis à contester son état ; la fraude est, sinon impossible, du moins invraisemblable.

Question. — L'enfant qui a en sa faveur titre et possession ne peut être désavoué. (P. 191.)

3° *Par témoins.* — L'enfant est admis à ce genre de preuve *à défaut de titre* et de *possession constante.* (Art. 323.)

Quid s'il a été inscrit sous de *faux noms?* Avant de prouver sa qualité réelle, il doit, selon nous, démontrer le vice de l'acte par voie d'inscription de faux incident.

L'enfant n'est admis à la preuve testimoniale qu'autant qu'il a en sa faveur un commencement de preuve.

En matière de *filiation légitime*, le commencement de preuve peut résulter soit d'un écrit, soit de présomptions ou indices (323); la loi prend soin de préciser les caractères que doit avoir le commencement de preuve par écrit (324).

Question. — Les lettres missives peuvent être considérées comme des titres de famille, et servir, en conséquence, de commencement de preuve. (P. 102.)

Il va de soi que la preuve contraire est de droit; c'est là une règle commune aux trois modes de preuves : mais la preuve testimoniale diffère de la preuve par titre, en ce que, la maternité prouvée, le mari peut encore repousser l'application de la règle *Pater is est*, sans recourir aux formes du désaveu; car il ne s'agit, en réalité, que d'une défense à l'action intentée par l'enfant, demandeur en réclamation d'état. — Toutefois, il peut être statué sur la maternité et sur la paternité par un même jugement; deux instructions distinctes ne sont pas nécessaires. (Art. 325.)

Autorité compétente pour prononcer sur la question d'état.

L'état civil des citoyens est placé sous la protection spéciale des tribunaux jugeant civilement (326). — Cette règle est tellement absolue, que les poursuites criminelles pour suppression d'état ne peuvent commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. — Ainsi, par dérogation à ce vieil adage : *Le criminel tient le civil en état*, c'est au contraire *le civil qui tient le criminel en état*, lorsqu'il s'agit d'une question de filiation. (Art. 327.)

Au reste, cette règle n'est vraie qu'autant que l'action criminelle se trouve essentiellement liée à l'action civile : sans aucun doute le ministère public pourrait agir, nonobstant le silence du mari, si l'arrêt criminel ou le jugement correctionnel ne devait préjuger en rien cette question. (P. 106.)—Mais l'enfant ne serait pas admis à se porter partie civile en réclamation d'état. (P. 106 et 107.)

Caractères de l'action en réclamation et en contestation d'état.

L'état civil tient à l'ordre public; par conséquent, il est imprescriptible *à l'égard de l'enfant.*— Mais il ne s'ensuit pas que les droits pécuniaires ne puissent se prescrire ; aussi, la loi déclare-t-elle que la prescription court contre les héritiers.

Comme il importe, après un certain temps, de rassurer les familles contre les recherches que pourraient faire les héritiers, la loi établit la distinction suivante :

L'enfant est mort sans avoir réclamé ; il est mort après avoir introduit l'instance.

Au premier cas, les héritiers ne peuvent agir qu'autant qu'il est décédé mineur ou dans les cinq ans de sa majorité (329).

Au deuxième cas, ils peuvent suivre l'action, sans égard à l'âge auquel l'enfant était parvenu. — Mais cette faculté leur est interdite : 1° lorsqu'il s'est désisté de la demande; 2° lorsqu'il a laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de procédure. — Il s'agit ici d'une péremption ordinaire.

Questions. — Dans le cas des articles 329 et 330, les enfants et descendants ne sont pas compris sous la dénomination d'héritiers. — L'action est imprescriptible à leur égard comme à l'égard de l'enfant. (P. 113.)

Les créanciers de l'enfant peuvent, de son chef, exercer l'action en réclamation d'état, à l'effet d'exercer leurs droits pécuniaires. (P. 113.)

CHAPITRE III.

DES ENFANTS NATURELS.

Sous la dénomination d'enfants naturels, la loi comprend tous les enfants illégitimes en général.

On divise les enfants naturels en trois classes :

Les *enfants naturels* proprement dits, les *enfants adultérins* et les *enfants incestueux.* (P. 113 et 114.)

Pour savoir si un enfant est naturel *simple*, incestueux ou adultérin, il faut se reporter à l'époque de sa conception, et appliquer les règles que nous avons posées sous les articles 312 et suiv., en ayant toujours soin d'adopter le parti le plus favorable à l'enfant.

Les enfants incestueux ou adultérins sont privés de tous droits de

famille attachés à la naissance. — Les enfants naturels simples peuvent être reconnus et même *légitimés*.

SECTION PREMIÈRE.

De la légitimation des enfants naturels.

Historique. (P. 115.)

La légitimation est une fiction légale par l'effet de laquelle un enfant né avant le mariage jouit des droits accordés aux enfants légitimes issus de ce mariage (p. 116) ; — conséquences (p. 120 et 121).

Le Code rejette le principe de rétroactivité : la légitimation ne produit d'effet qu'à partir de la célébration :—du reste, il importe peu que, dans l'intervalle du temps où l'enfant a été conçu au mariage de ses père et mère, un empêchement légal à leur union ait existé. (P. 116.)

Pour que la légitimation ait lieu, quatre conditions sont requises; il faut :

1° Que l'enfant soit issu des deux personnes qui se marient;

2° Qu'il ait été conçu avant le mariage;

3° Qu'il soit naturel simple;

4° Que les deux époux aient reconnu l'enfant avant leur mariage, ou qu'ils le reconnaissent au plus tard dans l'acte de célébration.

La reconnaissance forcée produit, en ce qui concerne la légitimation, les mêmes effets que la reconnaissance volontaire. Elle doit précéder le mariage. — Il suffirait, néanmoins, que l'instance fût introduite au moment de la célébration. (P. 117 et 118.)

Questions. — L'effet de la légitimation est-il attaché aux mariages putatifs? — Renvoi.

L'enfant né d'un oncle et d'une nièce, de la tante et du neveu, d'un beau-frère et d'une belle-sœur, ne peut être légitimé par le mariage que ses père et mère ont contracté depuis avec dispenses. (P. 119.)

La légitimation peut avoir lieu même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants légitimes ; en ce cas, elle profite à ces descendants. (Art. 333.)

SECTION II.

De la reconnaissance des enfants naturels.

Historique. (P. 121.)

La reconnaissance d'enfants est l'aveu d'un fait; elle n'est point attributive, mais déclarative du droit. — Conséquences. (P. 123).

La reconnaissance est volontaire ou forcée :

La reconnaissance *volontaire* résulte d'une déclaration faite spontanément, dans les formes légales, par le père ou par la mère de l'enfant.

La reconnaissance est dite *forcée*, lorsqu'elle résulte d'une déclaration

judiciaire. — (Cette expression est de pure doctrine; elle ne se trouve dans aucun texte). (P. 125.)

La reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée produisent les mêmes effets.

En ce qui concerne la personne, l'enfant prend le nom de son père, ou celui de sa mère, s'il n'a été reconnu que par sa mère; il se trouve soumis à la puissance paternelle; il doit à ses père et mère des aliments; et réciproquement, il peut en exiger d'eux. — *En ce qui concerne les biens*, l'enfant acquiert des droits sur la succession des personnes qui l'ont reconnu. (P. 126.)

De la reconnaissance volontaire.

L'acte de reconnaissance doit être en forme authentique (334). — On peut reconnaître un enfant de deux manières :

1° Dans son acte de naissance;

2° Par un acte passé devant un officier public compétent (antérieur ou postérieur à l'acte de naissance). (P. 127.)

La personne qui veut reconnaître un enfant peut se faire représenter par un fondé de pouvoir; le pouvoir doit être spécial et authentique.

Les officiers publics compétents sont : 1° les officiers de l'état civil; — 2° les notaires : l'acte reçu par le notaire peut rester secret; mais il doit être dressé en minute (p. 130); — 3° l'autorité judiciaire.—L'aveu de paternité peut être valablement fait, même *incidemment*, soit devant le tribunal assemblé saisi d'une contestation judiciaire, soit devant un juge délégué pour procéder à un interrogatoire ou à une enquête, soit devant un juge d'instruction, soit devant un juge de paix siégeant comme juge ou comme conciliateur. (P. 131.)

Les greffiers de première instance ou de justice de paix sont incompétents. (P. 132.) — Même observation, *à fortiori*, quant aux fonctionnaires administratifs; évidemment ils n'ont pas qualité. (P. 132.)

Questions. — La reconnaissance peut être consignée dans un testament par acte public; mais elle ne résulterait pas d'un testament mystique. (P. 132.)

Le dépôt d'un testament olographe contenant reconnaissance ne produirait pas l'authenticité voulue par l'art. 334. (P. 133.)

La reconnaissance consignée dans un acte privé est nulle, lors même que cet acte a été vérifié ou reconnu en justice. (P. 133.)

Il en est autrement, lorsque celui à qui on attribue l'écrit fait en justice l'aveu de sa paternité. (P. 133.)

Si cet acte émane de la mère, il peut servir de commencement de preuve par écrit. (P. 134.)

L'acte sous seing privé ne donne pas même à l'enfant le droit de réclamer des aliments, à moins qu'il ne contienne obligation d'en fournir. (P. 134 et 135.)

Les sommes payées pour aliments, à l'enfant reconnu par acte privé, ne sont point sujettes à répétition. (P. 135.)

La révocation du testament authentique contenant reconnaissance emporte révocation de la reconnaissance consignée dans ce testament. (P. 136.)

La reconnaissance d'un enfant naturel peut avoir lieu après sa mort, lors même qu'il est décédé sans postérité. (P. 136.)

La reconnaissance faite par voie de transaction est valable, si elle a lieu en pleine liberté; le juge est appréciateur des circonstances. (P. 137.)

L'auteur de la reconnaissance ne peut se faire restituer contre sa déclaration, sous prétexte qu'elle est mensongère. (P. 137.)

La nullité fondée sur ce que la reconnaissance a été le résultat de l'erreur, de la violence ou de la fraude, peut être proposée même par l'enfant reconnu. (P. 138.)

L'enfant reconnu par plusieurs personnes peut exercer ses droits d'enfant naturel contre tous ceux qui l'ont reconnu, sauf le droit de contester réservé aux intéressés. (P. 138.)

L'action en nullité de la reconnaissance est imprescriptible par rapport à l'enfant; mais elle est prescriptible et susceptible de ratification à l'égard de ses héritiers. (P. 138.)

La prescription s'opère par 30 ans, à partir du jour de la découverte de l'erreur ou du dol, ou de la cessation de la violence. (P. 138.)

La reconnaissance, avons-nous dit, est un aveu; cet acte est par conséquent essentiellement personnel : on comprend dès lors que le père ou la mère ne pourrait faire valablement une reconnaissance d'enfants pour son fils ou pour sa fille, un tuteur pour le mineur ou l'interdit, le père pour la mère, la mère pour le père.

L'auteur de la reconnaissance ne peut même indiquer dans l'acte la personne avec laquelle il a eu l'enfant reconnu. En cas d'infraction, cette personne serait fondée à exiger des dommages-intérêts, même contre l'officier public, et à intenter une action en diffamation contre le déclarant. — Quelques auteurs décident, néanmoins, que l'officier public doit énoncer dans l'acte le nom de la mère, s'il est déclaré par le père : dans tous les cas, cette énonciation n'aurait aucune force; elle tomberait devant une simple dénégation. (Art. 336, p. 139.)

La reconnaissance peut avoir lieu à toute époque, que le père et la mère soient libres ou engagés par mariage.

Toutefois, dans ce dernier cas, pour déterminer ses effets, une distinction est nécessaire :

S'il a été reconnu par les deux époux, il jouit de tous les droits attachés à la filiation naturelle;

S'il n'a été reconnu que par l'un d'eux, la reconnaissance ne produit, tout en constatant la filiation, que les effets compatibles avec l'intérêt du conjoint et avec celui des enfants nés ou à naître du mariage. (P. 142.)

Ainsi, l'enfant porte le nom de celui qui l'a reconnu, et se trouve légalement placé sous son autorité. — Mais il n'acquiert pas le droit de successibilité; il ne peut même prétendre à des aliments que sur les biens dont son auteur a l'administration et la jouissance.

Du reste, la reconnaissance produit ses effets ordinaires à l'égard de de tous autres. (P. 143.)

Questions. — L'enfant naturel né avant le mariage et reconnu seulement depuis la dissolution peut, au préjudice des enfants issus du mariage, exiger les droits d'enfant naturel reconnu. (P. 144.)

Après avoir reconnu son enfant pendant le mariage, l'époux devenu veuf ne peut le reconnaître une seconde fois, à l'effet de lui conférer des droits au préjudice de ses enfants légitimes. (P. 144.)

L'enfant reconnu pendant le mariage ne peut exiger d'aliments que sur les biens dont l'auteur de la reconnaissance a l'administration et la jouissance. (P. 144.)

Le droit aux aliments cesse à la mort de ce dernier, s'il existe des enfants légitimes ou si le conjoint a survécu. (P. 145.)

L'article 337, conçu en termes généraux, s'applique au cas de reconnaissance forcée comme au cas de reconnaissance volontaire. (P. 145.)

De la reconnaissance forcée.

La filiation naturelle ne peut résulter que d'une reconnaissance. — Si l'enfant produit un acte de reconnaissance, il lui suffit d'établir son identité; ce qui peut avoir lieu par témoins, et même par des présomptions sans commencement de preuve.

S'il n'a pas de titres, c'est alors qu'il y a lieu d'intenter une action en reconnaissance.

Les principes relatifs à la preuve sont différents, suivant qu'il s'agit d'établir le fait de *maternité* ou de *paternité*.

De la recherche de la maternité.

La recherche de la maternité est toujours admise : lorsque l'accouchement est certain, l'enfant n'a qu'un seul fait à établir : *son identité ;* — lorsqu'il est incertain, l'enfant doit prouver deux faits : l'*accouche-*

ment et l'identité, c'est-à-dire, que la femme est accouchée à telle époque, et qu'il est cet enfant.

Il n'existe point, pour la preuve, d'ordre de priorité entre ces faits. — L'un et l'autre peuvent être établis par témoins, pourvu qu'il existe un commencement de preuve par écrit.

On nomme commencement de preuve par écrit, tout acte qui rend vraisemblable le fait allégué.—En matière de filiation naturelle, l'acte doit émaner de l'adversaire de l'enfant. (P. 148, 149 et 150.)

Questions. — On ne peut rechercher la maternité contre l'enfant, même à l'effet d'obtenir la réduction à la quotité disponible des libéralités qui lui ont été faites. (P. 150.)

La possession d'état prouve la filiation à l'égard de la mère, mais non à l'égard du père. (P. 151.)

L'article 322 n'est point applicable à l'enfant naturel. (P. 154.)

La recherche de la filiation naturelle ne peut être exercée par les créanciers de l'enfant, de son vivant; mais cette action passe à ses héritiers ou successeurs : les art. 328, 329 et 330 sont applicables.

De la recherche de la paternité.

La recherche de la paternité est interdite (340).

Cette règle souffre exception en cas d'enlèvement : lorsque la conception coïncide avec l'époque où le crime a été commis, le ravisseur *peut* être déclaré père de l'enfant.

Le mot *enlèvement* comprend ici, non-seulement le rapt de violence, mais encore le *rapt de séduction* (p. 157); le viol ne peut être assimilé à l'enlèvement.

En matière de recherche de la paternité, il n'y a pas lieu d'appliquer la règle de l'article 327 : l'action criminelle et l'action civile sont complétement indépendantes; — il n'existe point d'ordre de priorité. (P. 161 et 162.)

Les juges civils doivent, avant tout, commencer par examiner la question d'enlèvement. — La loi n'a tracé pour la preuve de ce fait aucune règle spéciale.

L'enlèvement reconnu, le ravisseur *peut* être déclaré père de l'enfant, s'il y a coïncidence entre cet événement et l'époque à laquelle remonte légalement la conception.—On se réfère, à cet égard, aux règles des articles 312 et 315. — Les tribunaux sont appréciateurs des circonstances. (P. 161.)

L'action peut être formée par toutes parties intéressées, c'est-à-dire, par la mère, par l'enfant et par ses héritiers.—Elle ne peut être dirigée contre l'enfant. (P. 162.)

L'action serait non recevable, si elle devait avoir pour résultat de constater que l'enfant est le fruit d'un inceste ou de l'adultère. (P. 162.)

Questions. — L'enfant naturel ne peut transiger sur son état, mais il peut transiger sur les intérêts pécuniaires attachés à cet état. (P. 163.)

S'il a transigé sur son état et sur les intérêts pécuniaires pour un seul prix, la transaction est nulle pour le tout. (P. 163.)

S'il a transigé distributivement pour un prix distinct et séparé, elle est maintenue pour ce qui concerne le règlement des intérêts pécuniaires. (P. 163.)

Toute personne intéressée peut contester la reconnaissance ou la réclamation élevée par l'enfant. — L'intérêt doit être né et actuel (339). (P. 164.)

Mais une simple dénégation ne suffirait pas : il faut combattre l'acte judiciairement. Du reste, un commencement de preuve n'est pas nécessaire. (P. 164.)

Les droits des enfants naturels, en ce qui concerne les successions, sont réglés au titre relatif à cette matière (338). (P. 165.)

Des enfants incestueux et des enfants adultérins. (Art. 335 et 342.)

La reconnaissance est nulle, si elle doit avoir pour résultat de faire considérer l'enfant comme incestueux ou adultérin (335). — Dans le même cas, l'enfant ne peut être admis à la recherche ni de la maternité, ni de la paternité (342).

Mais alors, comment peut-on savoir si l'enfant est incestueux ou adultérin? On donne pour exemples les cas de désaveu, d'enlèvement d'une femme mariée, de séparation de corps prononcée contre la femme coupable d'adultère, enfin de nullité de mariage pour cause de parenté des époux au degré prohibé. — Dans les trois premiers cas, l'enfant serait adultérin ; dans le quatrième, il serait incestueux. (P. 167.)

Les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent prétendre qu'à des aliments (762).

Comment concilier la règle des articles 335 et 342 avec l'article 341, qui admet la recherche de la maternité ? Il faut décider que si l'enfant a été reconnu, par exemple, par le frère ou par l'oncle de la mère, il doit faire tomber cette reconnaissance, en vertu de l'article 339, avant de rechercher sa mère. (P. 166.)

Questions. — La reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux est sans effet, même par rapport aux aliments. — Conséquences. (P. 167.)

Les enfants incestueux ou adultérins ne peuvent transiger sur leur état, mais seulement sur les intérêts pécuniaires attachés à cet état. (P. 170.)

Effets généraux de la filiation adultérine ou incestueuse. (*V.* p. 171.)

TITRE VIII.

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

(Décrété le 23 mars 1803, promulgué le 2 avril.)

Ce titre est divisé en deux chapitres :
Dans le premier la loi traite de l'adoption ;
Dans le second, de la tutelle officieuse.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ADOPTION.

L'adoption est un contrat solennel et irrévocable qui, sans faire sortir un individu de la famille où la nature l'a placé, établit entre lui et l'adoptant des rapports de paternité et de filiation.

Le but de cette institution est de procurer aux personnes qui ont perdu tout espoir d'avoir des enfants, les consolations d'une paternité fictive.

L'adoption est à la fois morale et politique : *morale*, puisqu'elle ouvre une source de bienfaits entre les hommes; *politique*, car elle sert l'intérêt général de la société sous deux rapports : 1° en ce qu'elle forme un nouveau lien entre les classes que l'inégalité nécessaire des fortunes tend sans cesse à séparer; — 2° en ce qu'étant d'ordinaire précédée et préparée par les soins rendus en minorité, elle assure une bonne éducation à des individus que les rigueurs de la fortune en eussent privés.

Cependant, il importait de soumettre l'adoption à quelques mesures restrictives, surtout par rapport aux célibataires; autrement la trop grande facilité de se créer ainsi une paternité fictive aurait pu leur inspirer de l'éloignement pour le mariage.

Notre législateur s'est efforcé d'éviter cet écueil dans les règles qu'il a tracées.

Il distingue trois espèces d'adoption : l'adoption *ordinaire*, l'adoption *rémunératoire* et l'adoption *testamentaire*.

L'adoption *ordinaire* est une pure libéralité de la part de l'adoptant; elle est soumise à toutes les conditions que nous allons énumérer.

L'adoption *rémunératoire* est celle qui a lieu en vue, de la part de l'adoptant, de témoigner sa reconnaissance à une personne qui, par un acte de dévoûment, lui a sauvé la vie au péril de la sienne (art. 345).

L'adoption *testamentaire* est celle qui émane du tuteur officieux.— Il faut, pour sa validité, que le tuteur officieux meure avant la majorité de son pupille, mais après cinq ans révolus depuis le commencement de la tutelle officieuse (366).

Pour l'adoption ordinaire, sept conditions sont requises de la part de l'adoptant :

1° Il doit être Français, car l'adoption est de droit purement civil ; de plus, il doit avoir, non-seulement la jouissance, mais encore (*voy.* toutefois les questions sur l'article 344) l'exercice des droits civils (arg. des articles 348 et 349) ;

2° Il doit être âgé de cinquante ans révolus (343) ;

3° Il doit avoir quinze ans de plus que l'adopté (343) ;

4° Il faut qu'il jouisse d'une bonne réputation (355) ;

5° Qu'il ait donné, pendant six ans au moins, des soins et des secours non interrompus à l'adopté durant sa minorité ;

6° Qu'il n'ait ni enfants ni descendants légitimes (343) ou légitimés.

Pour la descendance légitime, l'empêchement remonte à l'époque où l'enfant a été conçu, suivant la règle : *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur.* (On applique les dispositions des articles 312 et 315.) — Pour les enfants légitimés, il date seulement du mariage de leurs père et mère. — Les enfants naturels, même reconnus, et les enfants antérieurement adoptés, ne sont point un obstacle à l'adoption.

7° Enfin, s'il est marié, il doit obtenir le consentement de son conjoint. (344.)

Les femmes, de même que les hommes ; les individus mariés, de même que les célibataires, peuvent adopter.

La loi n'exige pas que l'adoptant obtienne le consentement de ses père et mère ou ascendants (344) (1).

Cinq conditions sont requises du côté de l'adopté ; il faut :

1° Qu'il ait l'exercice des droits civils ; — par suite, il est admis qu'un étranger ne peut être adopté par un Français, à moins qu'il ne se trouve dans un des cas exceptionnels déterminés par les articles 11 et 13 (*v.* p. 61, t. 1er) (2) ;

2° Qu'il soit majeur (346) ;

3° Qu'il consente à l'adoption (353) ;

4° Qu'il ait obtenu le consentement de ses père et mère, ou du survivant, s'il est mineur de vingt-cinq ans, sans distinction de sexe : après cet âge, il doit requérir leur conseil (346). — Le consentement des ascendants autres que les père et mère n'est pas requis ;

5° Qu'il n'ait pas déjà été adopté par une autre personne, à moins que ce ne soit par le conjoint de l'adoptant (344).

Les femmes comme les hommes, les individus mariés comme les célibataires, peuvent être adoptés.

Lorsqu'il s'agit de l'adoption rémunératoire, la loi n'exige pas que l'adoptant ait plus de cinquante ans ; qu'il y ait un intervalle de quinze

(1) Dur., t. 3, n° 282; Malleville sur l'art. 346; Dal., Adoption, n° 77.

(2) Dur., t. 3, nos 287 et 277; Zach., p. 6; Merlin, Quest., v° Adoption, § 2; Grenier, n° 34 *bis*; Favard, Rép., v° Adoption, sect. 2, § 1er, n° 5; v° Succes., sect. 3, § 4, n° 7; Dal., *ibid.*, n° 98; — Besançon, 28 janvier 1808; Cass., 5 août 1825, 22 novembre 1825, 7 juin 1820, Dev. Pal. *Voy.* cep. Dal., n° 111.

années entre son âge et celui de l'adopté enfin qu'il ait donné, pendant six années, des secours à l'adopté durant la minorité de ce dernier : il suffit :

1° Qu'il soit majeur ;

2° Qu'il soit plus âgé que l'adopté, ne serait-ce que d'un seul jour ;

3° Qu'il n'ait ni enfants ni descendants légitimes ;

4° Qu'il ait obtenu le consentement de son conjoint (345).

Quant à l'adopté, il doit réunir toutes les conditions voulues pour l'adoption ordinaire.

L'adoption testamentaire, conséquence de la tutelle officieuse, a cela de particulier :

1° Qu'elle peut avoir lieu en faveur d'un mineur (arg. des art. 364, 366 et 367) ;

2° Que six années de soins donnés à l'adopté ne sont pas de rigueur (366);

3° Qu'elle n'est subordonnée, pour sa validité, ni à l'homologation de justice, ni à l'inscription sur les registres ;

4° Que l'adoptant n'a pas besoin du consentement de son conjoint ; car l'adoption ne doit produire d'effet qu'après la dissolution du mariage (366 et 344 combinés).

Pour qu'elle soit valable, il suffit :

1° Que l'enfant ait reçu des soins du tuteur officieux, pendant cinq ans au moins, depuis la tutelle ;

2° Que le tuteur officieux soit décédé avant la majorité du pupille ;

3° Que l'adoptant ne laisse ni enfants ni descendants légitimes (366).

L'adoption testamentaire a encore cela de particulier :

1° Que, pour savoir s'il existe des enfants qui y forment obstacle, il faut se reporter, non à l'époque où elle a été conférée, mais à celle du décès de l'adoptant ;

2° Qu'elle ne devient irrévocable que par l'acceptation de l'adopté parvenu à sa majorité (368).

Les formes de l'adoption ordinaire et celles de l'adoption rémunératoire sont les mêmes (352-360). — Pour la validité de l'adoption testamentaire, on exige seulement que le testament soit régulier ; la loi ne prescrit ni homologation ni inscription sur les registres de l'état civil (arg. de l'art. 366).

L'adoption, disent tous les auteurs, est l'image de la paternité et de la filiation naturelle ; mais ce n'est là, il faut le reconnaître, qu'une image bien imparfaite. — On remarque en effet : 1° qu'elle ne crée de rapports qu'entre l'adoptant et l'adopté ; 2° que l'adopté ne sort pas de sa famille naturelle ; 3° qu'il ne s'établit point de lien de parenté entre lui et la famille de l'adoptant. Loin de déclarer que l'adoption crée entre l'adoptant et l'adopté personnellement des rapports de paternité et de filiation, la loi évite même de leur donner la qualité de père et de fils ; elle dit toujours l'adoptant et l'adopté.

L'adoption a pour effets principaux :

1° D'ajouter au nom propre de l'adopté celui de l'adoptant (347);

2° De leur imposer à tous deux, comme à l'enfant et à ses père et mère naturels, l'obligation réciproque de se fournir des aliments;

3° De produire une sorte d'affinité qui opère certains empêchements au mariage (348);

4° De conférer à l'adopté, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits qu'aux enfants nés du mariage (350);—mais l'adoptant n'acquiert aucun droit de succession ou de réserve sur l'hérédité de l'adopté;

5° De faire naître, par rapport à l'adoptant et à l'adopté, les prohibitions, incapacités et présomptions légales qui résultent des articles 251, 911, 975 et 1100 C. civ.; 268 et 283 Pr.; 323 Inst. crim.;

6° De soumettre l'adopté envers l'adoptant aux devoirs d'honneur et de respect qui lui sont imposés envers ses père et mère (371 C. civ.; 29, 248, 312, 380 C. pén.);

7° De soumettre l'adopté, coupable de meurtre sur la personne de l'adoptant, à la peine du parricide (299 C. Pén.).

L'adoption est une institution qui sort des règles du droit commun; elle ne produit dès lors que les effets déterminés spécialement par la loi.

Il suit de là que l'adopté n'acquiert aucun droit sur la succession des parents de l'adoptant (350); qu'il reste soumis à l'autorité de ses père et mère (348); que sa succession, s'il prédécède, est dévolue à ces derniers et non à l'adoptant, etc; — l'adoptant succède seulement aux choses qu'il a données à l'adopté et qui se retrouvent en nature dans la succession, sans préjudice des droits acquis sur ces biens par des tiers, et à la charge de contribuer aux dettes. — Cette faveur s'étend aux descendants de l'adoptant; ils exercent la reprise non-seulement des biens donnés à l'adopté, mais encore de ceux qui proviennent de la succession de l'adoptant (351).

Par suite de cette considération, que les descendants légitimes représentent et continuent la personne de leur auteur, la loi accorde à l'adoptant la reprise des choses par lui données à l'adopté, qui se retrouvent en nature dans leur propre succession, s'ils prédécèdent eux-mêmes sans laisser de postérité. — Mais ce droit est inhérent à la personne de l'adoptant; il ne passe point à ses héritiers, même en ligne descendante (352).

SECTION PREMIÈRE.

DE L'ADOPTION ET DE SES EFFETS.

Conditions requises de la part de l'adoptant.

343 — L'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou l'autre sexe, âgées de plus de cinquante ans, qui n'auront, à l'époque de l'adoption, ni enfants, ni descendants légitimes,

et qui auront au moins quinze ans de plus que les individus qu'elles se proposent d'adopter.

= La loi exige que l'adoptant soit âgé de plus de 50 ans, parce qu'il importe de ne permettre l'adoption qu'à ceux qui sont parvenus à l'âge où, ordinairement, on n'a plus l'espoir de devenir père; mais cette règle souffre exception dans les cas prévus par l'article 345.

L'adoptant ne doit avoir ni enfants ni descendants légitimes à l'époque de l'adoption; car celui qui a des enfants avoués par la loi n'a pas besoin de recourir à une paternité fictive : d'ailleurs, il ne convient pas que des parents fassent participer des étrangers à une affection qu'ils doivent, en définitive, tout entière à leurs enfants.

Nous disons *à l'époque de l'adoption*, parce que la survenance d'un enfant légitime, postérieure à l'acte passé devant le juge de paix, ne détruirait pas l'effet de cet acte; le droit aurait été définitivement acquis à l'adopté.

L'enfant conçu met obstacle à l'adoption, comme celui qui existe, car il est réputé né quand il s'agit de ses intérêts (725 et 906); ce qu'il faut entendre en ce sens que, si l'on avait passé outre, l'efficacité de l'acte resterait en suspens jusqu'au moment de l'accouchement; en sorte que si l'enfant naissait viable, l'adoption serait non pas révoquée (l'état civil ne pouvant être changé par la seule volonté de l'homme), mais nulle de droit (1).

On observe, pour calculer la durée de la grossesse, les règles des articles 312 et 315 : tout le monde est d'accord sur ce point; — mais à quelle époque faut-il se reporter? Au jour de l'inscription sur les registres (359), selon Proudhon, n° 136, et Rolland de Villargues, v° Adoption, n° 9 : jusque-là, disent ces auteurs, il n'y a qu'un projet d'adoption —Il nous paraît plus conforme à l'esprit de la loi de faire remonter les effets de l'adoption au jour du contrat passé devant le juge de paix; car ce qui constitue l'adoption, c'est le consentement mutuel des parties : le contrat est conditionnel, il est vrai; mais, en principe, la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté (1179) (2). —Ainsi, l'enfant né plus de 300 jours après l'acte passé devant le juge de paix ne porte aucune atteinte à l'adoption; mais il en détruit les effets s'il naît avant ce terme.

(1) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 192, enseigne que l'enfant conçu ne met point obstacle à l'adoption : la loi des hommes, dit-il, doit être immuable; il ne saurait dépendre de l'événement futur et incertain de l'accouchement et de la viabilité de l'enfant : l'adoptant n'a point pour l'enfant conçu l'affection qu'inspirent les enfants nés. — Mais cette opinion est rejetée par tous les auteurs. Delv., p. 25, n° 5; Toullier, t. 2, n° 986; Dur., t. 3, n° 278; Zach., t. 4, p. 5; Demolombe, n° 16.

(2) Dur., n° 278; Delv., p. 99, n° 5; Toullier, n° 1004; Grenier, n° 25; Dalloz, n° 80. — *Voy.* cep. Demolombe, n° 17 : cet auteur pense que les dispositions des articles 312 et 315 ont été introduites dans l'intérêt de la légitimité; qu'il s'agit dans l'espèce d'une pure question de fait, et que l'adoption peut être maintenue, bien qu'un enfant soit survenu à l'adoptant dans le temps intermédiaire du 180e au 300e jour. — Mais ne serait-ce point là livrer le sort des familles à l'arbitraire des tribunaux?

La loi ne restreint la faculté d'adopter qu'en faveur des enfants et des descendants légitimes; les enfants naturels reconnus et les enfants adoptifs ne mettent point obstacle à l'adoption, quel que soit leur nombre (1).

L'adoptant doit avoir 15 ans de plus que l'adopté, car il s'agit d'établir une paternité fictive; ce qui suppose entre les âges des contractants assez de différence pour que l'un ait pu devenir père de l'autre.

— L'adoption est-elle interdite à celui qui a un enfant déclaré absent, ou seulement présumé tel? ∽ L'absence n'est pas assimilée au décès : un enfant a existé, voici le fait certain; existe-t-il encore? voilà le doute : dans cet état d'incertitude, on ne saurait autoriser l'adoption, car elle ne serait que provisoire; ce qui tient à l'état des hommes ne doit rien avoir de précaire. — Nous excepterons le cas où les tribunaux auraient sanctionné l'adoption sur des preuves de décès plus ou moins spécieuses; en ce cas, on appliquerait à l'adoption, par identité de motifs, la règle qui ne permet d'attaquer le mariage qu'autant que l'on prouve l'existence de l'absent. (Dalloz, no 85, Adoption.)

Un enfant naturel reconnu peut-il être adopté par ses père et mère? ∽ C'est là une des questions les plus controversées qu'ait fait naître le Code : Toullier, no 988, t. 2, et Grenier, no 35, après s'être prononcés pour l'adoption, ont enseigné qu'elle ne pouvait avoir lieu. — Merlin, Rép., vo Adoption, § 3 et 4, après avoir soutenu la négative, s'est prononcé ensuite pour l'affirmative; puis il est revenu à sa première opinion. — La cour de cassation elle-même a plusieurs fois varié : après avoir jugé, le 28 avril 1841 (Dev., 1841, 1, 273), que le Code ne s'opposait pas à l'adoption, elle a rétracté sa doctrine le 16 mars 1843 (Dev., 1843, 1, 177); puis, se rétractant de nouveau, elle a décidé, le 1er avril 1846 (Dev., 1846, 1, 273), que l'adoption était permise. La question, comme on le voit, est encore du domaine de la controverse. — Voici quelles sont les raisons invoquées de part et d'autre.

Pour l'affirmative on raisonne ainsi : sous l'empire du Code, la capacité est la règle, l'incapacité est l'exception (902 et 1123). — Tout ce que la loi ne défend pas est permis; or, elle garde le silence sur l'adoption d'un enfant naturel. — L'article 9 du projet, qui avait pour but de l'interdire, a été supprimé. La discussion s'est renouvelée sur l'article 13, et, à cette occasion, les membres du conseil ont manifesté, d'une manière non équivoque, la volonté d'autoriser l'adoption des enfants naturels. (Locré, t. 6, p. 366.) — Il faut considérer que l'adoption est souvent l'unique moyen de réparer une faute; il y aurait donc imprévoyance et dureté à l'interdire. — Pourquoi, en effet, ne pourrait-on conférer à des enfants auxquels on est lié par le sang les mêmes droits qu'à des étrangers? Une telle prohibition ne serait d'ailleurs ni politique ni morale, car elle aurait pour résultat d'empêcher des reconnaissances d'enfants. — Le Code, disent les adversaires de ce système, ne renferme, il est vrai, aucun texte qui frappe de nullité l'adoption d'un enfant naturel par ses père et mère; mais la nullité résulte implicitement de plusieurs dispositions du titre qui nous occupe, notamment des articles 345, 346, 347, 348 et 349 : en effet, aux termes de l'article 346, l'enfant qui veut se donner en adoption doit rapporter le consentement de ses père et mère; or, cette condition ne peut se réaliser, si les père et mère ont reconnu l'enfant; — suivant l'article 347, l'enfant adoptif ajoute à son nom propre celui de l'adoptant: l'enfant naturel reconnu a déjà le nom de son auteur. —

(1) Grenier, Adoption, no 10; Toullier, no 986; Dur, no 291; Dal., *ibid.*, no 86; — Bourges, 21 frimaire, an XII, Dev. Pal.

L'article 348 déclare que l'adoption n'opère pas de changement de famille; et l'article 349 étend à l'adoptant et à l'adopté l'obligation alimentaire qui existe entre l'adopté et ses père et mère : ces articles seraient sans objet par rapport à l'enfant naturel, s'il pouvait être adopté. — Enfin, l'article 345 exige que l'adoptant ait fourni des secours à l'adopté pendant six années au moins durant sa minorité; ce qui suppose des actes libres et spontanés de bienfaisance : or, les père et mère naturels qui donnent des secours à leur enfant ne font que remplir un devoir rigoureux. — Ces objections ne sont pas concluantes : on doit distinguer, entre les conditions requises, celles qui sont essentielles, telles que l'âge, la non-existence d'enfants légitimes, de celles qui sont accidentelles : or, les articles 346, 347, 348 et 349 ne contiennent que des conditions de la dernière sorte.— Quant à l'argument tiré de l'article 345, il doit tomber également devant cette considération, que la paternité même est la meilleure garantie des sentiments que les rapports antérieurs entre l'adoptant et l'adopté ont dû cimenter.—Quelques personnes invoquent aussi les articles 338, 908 et 911; ces articles, disent-ils, déclarent les enfants naturels incapables de recevoir au delà de ce qui leur est attribué au titre des successions. Cette prohibition deviendrait illusoire, s'il était possible de les adopter; ce serait là une fraude à la loi :—raisonner ainsi, c'est résoudre la question par une prémisse fort contestable : il s'agit précisément de savoir si l'enfant naturel a, dans la succession de son père adoptif, les mêmes droits que l'enfant légitime; or, l'adoption a opéré une interversion complète dans son état : ce n'est plus l'enfant naturel qui se présente, c'est une nouvelle personne juridique; c'est un enfant adoptif qui veut user des droits attachés à ce titre (1).

A ce système on oppose les raisonnements suivants : 1° l'adoption serait incompatible avec la position des enfants naturels; car elle permettrait d'éluder la disposition de l'article 908, qui les déclare incapables de recevoir au delà de ce que détermine l'article 756. — Cet acte a produit, dit-on, une interversion complète dans la position de l'enfant naturel; c'est comme enfant adoptif qu'il se présente; il y a eu changement d'état : erreur; la qualité d'enfant naturel n'est pas effacée : l'art. 348 déclare que l'adopté reste dans sa famille naturelle, qu'il y conserve tous ses droits; l'article 349, qu'il demeure soumis à toutes les obligations que lui imposait sa qualité; les articles 351 et 352 maintiennent, en faveur de ses héritiers, le droit de succession : par conséquent, les enfants et descendants de l'enfant naturel continuent de jouir du bénéfice de l'article 759; donc, les rapports établis entre le père naturel et son enfant ne sont pas anéantis par l'adoption. — Suivant Zachariæ, t. 4, p. 7, n° 10, l'enfant ne devient point par l'adoption une personne nouvelle; il joint seulement à la qualité d'enfant naturel celle d'enfant légitime. Entendons-nous : si l'on veut soutenir que tel est

(1) Locré sur les articles 345 et 346, Législ. civ., t. 5, t. 6, p. 364 à 370; Grenier, n° 35; Proudhon-Valette, t. 2, p. 217-220; Duvergier sur Toullier, t. 1er, n° 988; Dur., n° 293, t. 3; Zach., t. 4, p. 7; Dalloz, v° Adoption, nos 116 et suiv.; — Caen, 18 février 1811; Rouen, 12 mai 1808; Paris, 9 novembre 1807; Grenoble, 28 mars 1808, 19 décembre 1808, 27 mars 1809; Angers, 29 juin 1824; Douai, 15 février et 30 août 1824; Grenoble, 10 mars 1825; Bordeaux, 1er février 1826; Orléans, 4 mai 1832, Dev., 1833, 2, 26; S., 1833, 2, 26; Agen, 10 avril 1811; Lyon, 6 février 1833, Dev., 1833, 2, 214; Poitiers, 17 mai 1828; Toulouse, 2 juin 1835; Rennes, 14 février 1828, 24 mars 1828; Rennes, 30 mars 1835, 10 juin 1838, Dev., 1838, 2, 491; Paris, 13 novembre 1835, Dev., 1835, 2, 553 et 554; Limoges, 14 juin 1840, Dal., n° 116; Bastia, 7 février 1842, Dal., n° 116; Bordeaux, 1er février 1826, 30 janvier 1845, Dev., 1845, 2, 65; Montpellier, 24 avril 1845, Dev., 1845, 2, 295. *Voy.* notamment Riom, 30 mai 1838; Cass., 28 avril 1841; Angers, 12 juillet 1844, Dev., 1844, 2, 309; Pal., 1844, 1, 28; Dijon, 30 mars 1844, Dev., 1844, 2, 271; Pal., 1844, 2, 28; Rennes, 19 août 1844, D., *ibid.*, n° 116; Pal., 1844, 2, 356. Ces arrêts seuls sont motivés. Bordeaux, 30 janvier 1845, Dal., 1845, 2, 87; Cass., 1er avril 1846, Dal., 1846, 1, 81.

l'effet ordinaire de l'adoption, rien de plus vrai : ainsi, l'enfant ajoute à son nom propre celui de son père adoptif; il conserve sa position dans sa famille naturelle; il acquiert des droits dans sa famille adoptive, et s'impose envers elle certaines obligations; plusieurs empêchements au mariage, à raison de la parenté, qui existent dans la famille naturelle, se trouvent reproduits dans la famille civile, etc. Mais ce sont là autant d'arguments contre l'adoption : en effet comment appliquer ces principes à l'enfant naturel? tous ne se trouvent-ils point produits à son égard par l'effet de la reconnaissance? Comment comprendre que la même personne soit considérée, vis-à-vis de son auteur, comme naturel et comme adoptif? qu'elle soit tout à la fois capable (350) et incapable de venir comme héritière à la succession de l'adoptant? — La loi, dites-vous, garde le silence; or, ce qui n'est pas défendu est permis. Il est des prohibitions qui résultent de la nature des choses, sur lesquelles on n'a pas à s'expliquer (1) : oserait-on admettre, par exemple, qu'après avoir adopté un enfant, le père adoptif pût ensuite reconnaître ce même enfant, et convertir ainsi en lien naturel une filiation légitime? — La loi défend de reconnaître les enfants incestueux ou adultérins (2); mais elle ne s'explique pas, à leur égard, sur l'adoption : s'ensuit-il que ces enfants puissent être adoptés? — Il n'y a point de texte, non plus, qui prohibe l'adoption d'une femme par son mari ou du mari par sa femme; en conclura-t-on que cela est permis? — Voilà où nous conduirait ce système d'interversion dans la qualité de l'enfant; or, la loi n'a pas dû s'expliquer sur l'impossible : il ne s'agit pas ici d'une incapacité; il s'agit d'une impossibilité absolue et substantielle, d'une impossibilité inhérente au caractère de l'adoption, et qui n'avait pas besoin d'être écrite. — D'ailleurs, comment appliquer à l'enfant naturel reconnu les art. 345, 346, 347, 348, 349, 361, 758 et 930, dispositions qui prescrivent des conditions qu'il ne pourrait évidemment remplir, qui entraîneraient des résultats que la reconnaissance a déjà produits, ou qui auraient pour effet de les soustraire à certaines incapacités d'ordre public (908 et 911).

On invoque l'autorité du droit romain : mais qui ne sait qu'il n'existait, sous cette législation, d'autre source de parenté civile que les justes noces et l'adoption, et que cette parenté se brisait elle-même par l'émancipation : les enfants naturels, *liberi naturales*, et les enfants émancipés, ne se trouvant pas dans la famille, il était conséquent de décider qu'on pouvait les adopter. Dans notre droit français, les règles sont toutes différentes : l'enfant naturel reconnu tient à l'auteur de cette reconnaissance par des liens qui se rapprochent, sous beaucoup de rapports, de ceux que produit la filiation légitime (*v.* art. 158 et 383, 756 et 766). — Quant à l'enfant émancipé, il ne sort pas de sa famille : on ne saurait donc établir sur ce point d'analogie entre le droit romain et le droit français. — Jetons les yeux sur les discussions au conseil d'État; examinons les travaux de notre titre : ils ont subi deux phases bien distinctes : la discussion s'ouvrit le 6 frimaire an X (27 novembre 1801). Plusieurs projets furent successivement présentés et abandonnés : le système de l'adoption romaine proposé sembla réunir la majorité des suffrages. — C'est alors que fut proposé et rejeté un article qui avait pour objet d'interdire l'adoption d'un enfant naturel reconnu par l'auteur de la reconnaissance. Ce rejet devait avoir lieu, dès le moment où l'on admettait le principe de la législation romaine. — La discussion resta suspendue pendant 11 mois : le 27 brumaire an XI, elle fut reprise; des règles toutes nouvelles, plus en rapport avec nos mœurs, fixèrent l'attention du conseil d'État; ces principes nous régissent aujourd'hui : mais il résulte de la discussion que, loin d'avoir

(1) Paris, 11 ventôse an XII; S., 1804, 2, 115, Dev. Pal.
(2) Paris, 14 ventôse an XII; S., 1804, 2, 115, Dev. Pal.

entendu adopter le système de l'adoption des enfants naturels, les rédacteurs du Code l'ont rejeté.—En effet, M. Treilhard répondit ainsi, dans la séance du 27 brumaire an XI, à ceux qui voyaient dans l'adoption un moyen de masquer des avantages illicites : « Si les enfants sont reconnus, *ils ne peuvent être adoptés ;* » s'ils ne le sont pas, leur origine est incertaine. » (Fenet, t. 10, p. 322.)

Ces considérations tirées soit des textes, soit de l'esprit de la loi, démontrent, quoiqu'il n'existe point de disposition explicite à cet égard, l'incompatibilité absolue des qualités d'enfant naturel et d'enfant adoptif. — L'adoption, nous le répétons, a pour objet final et prédominant de créer entre deux personnes des rapports de paternité et de filiation ; cet effet résulte de la reconnaissance : donc, elle est non-seulement inutile, mais encore impossible, puisque son but essentiel se trouve atteint. — Vainement objectera-t-on qu'une telle conséquence aurait pour résultat de détourner des reconnaissances d'enfants, but essentiellement moral : n'est-il pas aussi moral de protéger l'honneur des familles et la sainteté du lien conjugal ? Certes, la balance n'est pas égale : les garanties essentielles de l'ordre social doivent l'emporter sur toute autre considération.— L'adoption serait ici une véritable légitimation ; or, la loi ne se départit de sa rigueur contre les enfants naturels, qu'en faveur du mariage et sous certaines conditions (1).

Peut-on adopter un enfant incestueux ou adultérin dont l'état se trouve légalement constaté ? ∽ D'une part, on dit que la loi ne s'y oppose pas ; qu'à la vérité, ils ne peuvent être légitimés, mais qu'il y a une énorme différence entre la légitimation, qui place un enfant naturel sur la même ligne que les enfants légitimes, et l'adoption, qui ne crée de rapports qu'entre l'adopté et l'adoptant (2). ∽ Quoi qu'il en soit, les raisons invoquées contre l'adoption des enfants naturels se représentent avec plus de force encore lorsqu'il s'agit des enfants incestueux ou adultérins, puisque ces enfants ne peuvent devenir légitimes. D'ailleurs, des considérations de morale publique se présentent. (Dal., nº 118, p. 310, et nº 129, p. 312 ; — Cass., 13 juillet 1826 ; Nancy, 18 août 1814, Pal. Dev.) — Voyez la question précédente.

L'interdiction légale ou judiciaire forme-t-elle un empêchement à l'adoption? ∽ L'interdiction légale, dit Demolombe, nº 49, t. 6 ; nº 192, t. 1er ; nos 129 et 130, t. 3, s'applique surtout aux actes concernant le patrimoine ; il n'est pas entré dans l'intention du législateur de créer une incapacité. — Quant à l'interdiction judiciaire, elle ne prive pas l'individu qui en est frappé de l'exercice de ses facultés essentiellement personnelles : ces deux causes de privation de l'exercice des droits civils n'empêchent pas le mariage ; pourquoi formeraient-elles obstacle à l'adoption ? L'identité est incontestable. ∽ Cette interprétation nous paraît contraire à l'esprit des articles 29 du Code pénal et 489 du Code civil ; elle est rejetée par l'unanimité des auteurs. (Zach., t. 4, p. 41; Loiseau, p. 487 et 488; Favard, Rép., vo Reconn. d'enfants, sect. 1re, § 1er, nº 4.)

(1) Malleville, t. 1er, p. 345 et suiv.; Toullier, nº 988 (cet auteur avait adopté l'opinion contraire; il s'est rétracté) ; Delv., p. 99, nº 1, et p. 103, nº 5; Merlin, vo Adoption, § 3 et 4 (cet auteur, de même que Toullier, abandonne également l'opinion contraire, qu'il avait soutenue).— Chabot, Succ., sur l'article 756, nº 34 ; Loiseau, App. aux enfants naturels, p. 10, p. 345 et suiv.; Favard, vo Adoption, sect. 1re, § 1er, nº 4; Demolombe, nos 50 et suiv.; Encyclop., nos 32 et suiv.; Magnin, Des minorités, nº 262; — Paris, 15 germinal an XII; Nîmes, pluviôse an XIII, 18 floréal et 3 prairial an XII; Pau, 1er mai 1826, D., 1828, 2, 240; S., 1827, 2, 216; D., 1827, 2, 239; Bourges, 22 mars 1830; D., 1839, 2, 282; S., 1830, 2, 163; Angers, 21 mai 1839, Dev., 1339, 2, 401; Cass., 16 mars 1843, D., *ibid.*, nº 117. — M. Benech, professeur à la faculté de Toulouse, s'est livré à un examen approfondi de cette question et l'a résolue négativement.

(2) Zach., p. 9; — Rouen, 15 février 1813, Dev. Pal.

Un étranger peut-il adopter ou être adopté? ∿ Trois systèmes se sont élevés sur cette question :

Premier système : L'adoption ne produit aucun changement, ni dans la famille ni dans la nationalité : elle a pour seul effet de conférer à l'adopté le nom de l'adoptant, et de lui donner des droits à sa succession; rien ne s'oppose, dès lors, à ce qu'elle s'accomplisse entre un Français et un étranger. (Zach., t. 4, p. 6; Valette sur Proudhon, t. 1er, p. 177.)

Deuxième système : La qualité de Français est nécessaire pour adopter; elle ne l'est pas pour être adopté. — Circonscrire ainsi le choix de l'adoptant, ne serait-ce pas aller contre le but de la loi, qui est de consoler ce dernier du malheur de n'avoir point d'enfants ou de les avoir perdus? — D'ailleurs, on trouve dans les textes de puissants arguments : sans parler de l'expression générique *individu* employée dans l'article 345, nous ferons remarquer que cet article autorise l'adoption rémunératoire, sans distinguer si le service a été rendu par un Français ou par un étranger : dans ce dernier cas, on peut même aller jusqu'à dire que le service est d'autant plus méritoire. — L'article 361, qui pose le principe de la tutelle officieuse, n'interdit pas au tuteur de se charger d'un enfant recueilli dans un hospice : or, ne pourrait-il pas arriver que cet enfant fût issu de parents étrangers? en quoi cette adoption pourrait-elle léser la société? — L'adopté ne devient pas Français; il n'acquiert même aucun droit dans la famille de l'adoptant. — Enfin, la loi du 14 juillet 1819, en accordant aux étrangers le droit de succéder en France, efface implicitement toute distinction, en ce qui concerne le mode de transmission des biens, entre les Français et les étrangers (1).

Troisième système : L'adoptant et l'adopté doivent être Français. — Il ne s'agit pas ici d'une simple institution contractuelle, d'un droit de successibilité, mais d'une transmission de nom, d'un changement de condition, d'une modification dans l'état de la personne : aussi verrons-nous que les formes de l'adoption diffèrent essentiellement de celles qui sont requises pour les contrats ordinaires; que l'acte dressé devant le juge de paix, et l'arrêt qui l'homologue, doivent être inscrits sur les registres de l'état civil.—Enfin, tel est le caractère de cette fiction légale, que le code pénal prononce la peine du parricide contre l'adopté, s'il attente aux jours de son père adoptif.—Ces considérations nous démontrent qu'il faut rattacher la question non à la transmission des biens, mais à l'état des personnes; qu'il serait subversif de l'ordre social d'admettre que de simples particuliers pussent, au moyen de l'adoption, conférer en quelque sorte à un étranger la qualité de Français, et cela sans l'intervention de l'autorité publique (2). — Ce système, auquel nous nous rangeons, est généralement admis.

Tout le monde tombe d'accord qu'un prêtre catholique peut être adopté : mais peut-il adopter? ∿ Cette question est fort controversée. Pour la négative, on dit : l'adoption imite la nature; elle est l'image de la paternité et de la filiation légitime; donc ceux auxquels le mariage est interdit ne peuvent adopter.— Les canons de l'Église, il est vrai, n'interdisent pas formellement l'adoption aux prêtres; mais cette prohibition résulte de leur esprit : il importe, en effet, qu'un prêtre soit libre de tout embarras, de toute sollicitude pour le temporel; qu'il ne puisse pas être détourné de sa mission de dévoûment absolu et d'abnégation par les affections du foyer domestique. — La possibilité d'avoir des enfants, ne fût-ce

(1) Nîmes, 7 juin 1826, D., 1826, 2, 399.

(2) Dur., n° 287; Proudhon, t. 2, p. 123; Delv., p. 102, n° 1; Merlin, Quest., v° Adoption, § 2; Demolombe, n° 48, t. 6; n° 245, t. 1er; Zach., t. 4, p. 6, n° 10; Encyclop. du droit, n° 31; — Dijon, 31 janvier 1824; Cass., 5 août 1825, D., 1825, 1, 281; 22 novembre 1825, S., 1826, 1, 142; D., 1825, 1, 7; 7 juin 1826, S., 1826, 1, 330; D., 1825, 1, 299; 5 août 1823, Dev. Pal.; Aix, 17 avril 1832, D., 1832, 2, 112.

que dans l'ordre civil, pourrait éveiller en lui des passions qui seraient restées inconnues si la perspective d'une adoption n'était venue les fomenter.— Ajoutons que les codes sarde (art. 88), bavarois (art. 10), autrichien (art. 179-182) et prussien (art. 668-671) contiennent à cet égard des dispositions formelles (1). — L'opinion contraire a prévalu dans la doctrine et dans la jurisprudence: il faut, en effet, restreindre dans de justes limites cette maxime légale que l'adoption imite la nature; elle n'est pas vraie en tous points : l'adoption est-elle interdite aux célibataires? Un époux ne peut-il pas adopter sans que son conjoint adopte? Dans l'adoption rémunératoire, ne peut-il pas arriver qu'il n'y ait que peu de différence entre l'âge de l'adopté et celui de l'adoptant? — Un prêtre, dit-on, ne peut adopter, car il est incapable de se marier. Étrange conclusion : l'adoption n'est point l'image du mariage, mais bien celle de la paternité; or, les prêtres catholiques peuvent avoir des enfants légitimes : l'Église, en effet, ne refuse pas l'ordination à un homme veuf; donc, la fiction qui lui donne des enfants n'est pas contraire à la vérité. — Mais, dit-on, si les ordres peuvent être conférés à celui qui a des enfants, toujours est-il qu'il ne peut en avoir après son entrée dans le sacerdoce. Cet argument ne touche en rien au principe de l'incompatibilité de la prêtrise avec la paternité légitime; car la loi civile ne met aucun obstacle à ce qu'un prêtre puisse adopter.— Cette faculté lui est-elle interdite par les canons de l'Église? Pas davantage; ils gardent sur ce point un silence absolu.—L'archevêque de Paris, en effet, s'exprimait ainsi dans une lettre du 2 septembre 1841 : « Aucune décision du droit canon ne peut faire déclarer invalide un acte d'adop- » tion contracté par un prêtre, bien qu'un pareil acte soit certainement opposé à » l'esprit de l'Église.»—Nous comprenons que la nécessité de maintenir la discipline ecclésiastique, et de conserver dans son intégrité le caractère sacerdotal, puisse motiver, de la part des chefs de l'Église, des règlements prohibitifs de l'adoption.— Nous comprenons même que la prudence doive conseiller au juge de répondre à la demande du prêtre par la formule de la loi : *Il n'y a point lieu à l'adoption.*— Mais toujours est-il qu'on ne trouve, ni dans le droit canonique, ni dans le droit civil, aucune disposition qui frappe de nullité l'adoption une fois consommée (2). — L'empêchement ne peut être que prohibitif.

344 — Nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux.

Hors le cas de l'article 366, nul époux ne peut adopter qu'avec le consentement de l'autre conjoint.

= L'ordre public et les bonnes mœurs s'opposent à ce qu'un enfant soit adopté par plusieurs personnes, même à titre rémunératoire : d'une part, en effet, le caractère des relations que l'adoption fait naître pourrait soulever des rivalités et des conflits souvent déplorables; d'ailleurs, on ne comprendrait pas que l'adopté pût prendre le nom de différentes personnes (3).—D'autre part, il ne conviendrait pas, si les adoptants étaient de sexe différent, que l'adopté eût son père adoptif dans une famille et sa mère adoptive dans une autre.

(1) Dur., n° 286; Delv., p. 95, n° 1; Encyclop., n° 26.

(2) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 224; Demolombe, nos 54 et 55; Revue de législation et de jurisprudence, t. 21, p. 507; Dal., *ibid.*, nos 99 et suiv.;—Cass., 26 novembre 1844, Dev., 1844, 1, 801; Pal., 1844, 2, 577. *Voy.* aussi Paris, 19 février 1842, Pal., 1842, 1, 282 : cette cour n'avait pas résolu la question en principe.

(3) Proudhon-Valette, t. 2, p. 198 et 199; Demolombe, n° 70; Dal., n° 108; Encyclop., n° 47.

Par exception, deux époux peuvent adopter un enfant; mais alors l'inconvénient disparaît : deux époux ne forment, aux yeux de la morale, qu'une seule et même personne; — ils peuvent adopter soit simultanément, soit successivement.

Si la personne qui se propose d'adopter est mariée, elle doit obtenir le consentement de son conjoint : l'adoption pourrait soulever, dans le cœur de ce dernier, des susceptibilités et même des répugnances, ou le blesser gravement dans ses intérêts pécuniaires (349, 350, 767). Or, il importe d'éviter toutes causes de désunion dans le mariage. Ce sont là des appréciations toutes personnelles.

Nous déciderons, par suite: que le consentement du mari, lorsque c'est la femme qui veut adopter, ne peut être suppléé par l'autorisation de justice (1).— Au surplus, en donnant son consentement, le conjoint n'adopte pas; il ne s'impose même aucune obligation envers l'enfant; les droits qu'il peut avoir sur la succession de l'adoptant, par exemple, en vertu d'une institution contractuelle (1093), ne souffrent aucune atteinte.

La forme du consentement n'est pas déterminée : mais évidemment, hors le cas où le conjoint serait intervenu au contrat passé devant le juge de paix, on doit observer ici, par analogie, les règles du chapitre 4, au titre du mariage : ainsi, pour le consentement exprès, il faut un acte public, conformément à ce qui est prescrit par l'article 36 pour les actes de l'état civil en général; mais le consentement peut être tacite (2).

L'adoption testamentaire peut avoir lieu sans le consentement du conjoint, parce qu'elle ne doit produire d'effet qu'après la dissolution du mariage, et, par conséquent, à une époque où il n'aura plus intérêt à s'y opposer.

Observons, en terminant, qu'un individu peut avoir plusieurs enfants adoptifs : la loi interdit seulement l'adoption d'une personne par plusieurs.

— Le consentement du conjoint de l'adoptant est-il nécessaire, lorsque les époux sont séparés de corps? — Bien qu'on n'ait plus à craindre, en ce cas, de jeter le trouble dans le ménage, le conjoint peut se trouver gravement lésé dans ses intérêts pécuniaires, par suite de l'adoption. — Au surplus, le texte de l'article 444 est absolu; il ne distingue pas. (Demolombe, nº 26.)

345 — Le faculté d'adopter ne pourra être exercée qu'envers l'individu à qui l'on aura, dans sa minorité et pendant six ans au moins, fourni des secours et donné des soins non interrompus, ou envers celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots.

(1) Delv., p. 99, nº 6. — L'opinion contraire est soutenue par Dur., nº 292, et Dal., nº 110. « Pourquoi, disent ces auteurs, l'autorisation de justice ne pourrait-elle suppléer ici au consentement du mari? L'article 219 ne distingue pas : la femme ne cesse pas de porter le nom de son mari. — Nous répondrons toujours que l'adoption pourrait être une cause de trouble dans le ménage.

(2) Dal., *ibid.*, nos 88 et 106; Dur., nº 290.

Il suffira, dans ce deuxième cas, que l'adoptant soit majeur, plus âgé que l'adopté, sans enfants ni descendants légitimes ; et, s'il est marié, que son conjoint consente à l'adoption.

= Les six années d'épreuves requises pour l'adoption ordinaire ont pour but de cimenter entre l'adoptant et l'adopté les sentiments qui doivent répondre au titre de père et d'enfant, et de garantir que l'adoptant agit avec maturité, qu'il est animé d'une affection réelle pour l'enfant, qu'il ne cède pas à un mouvement passager : les magistrats sont appréciateurs du caractère des soins donnés et de leur durée (1).

Le but que l'adoptant a pu se proposer, en exerçant cet acte de bienfaisance, importe fort peu : la loi exige seulement qu'il ait agi spontanément, *nullo jure cogente*.

L'adoption rémunératoire est instituée pour laisser à la reconnaissance un moyen de se manifester, et encourager aux grandes et belles actions. — On s'accorde à reconnaître que cette disposition de l'article 345 est purement énonciative, et qu'il faut l'étendre à tous les cas où un individu aurait, en exposant sa vie, sauvé celle d'une autre personne (2); que le législateur donne seulement ici quelques exemples.

L'adoptant est dispensé, pour l'adoption rémunératoire, de plusieurs conditions requises pour l'adoption ordinaire. (V. *suprà*, p. 187.)

Quant à l'adopté, il est soumis à toutes les conditions voulues pour l'adoption ordinaire, même à la règle de l'article 344, 1er alinéa. (Valette et Proudhon, p. 198.)

— Six années de tutelle doivent-elles compter pour l'adoption ? ∽ Les uns se prononcent d'une manière absolue pour la négative : le bienfait, disent-ils, doit être essentiellement libre ; or, la tutelle est une charge obligatoire. ∽ Il faut distinguer, disent les autres : le temps de la tutelle doit compter, si le tuteur a des excuses ; *secùs* dans le contraire. (Delv., p. 99, no 4.) ∽ Tout dépend, selon nous, de l'importance des secours et de la nature des services rendus ; le tribunal en est appréciateur (3).

L'article 345, avons-nous dit, n'est pas limitatif ; mais pourrait-on aller jusqu'à prétendre que les soins donnés par un médecin, à une personne atteinte d'une maladie contagieuse, motiveraient suffisamment l'adoption rémunératoire ? ∽ La loi, disent quelques auteurs, détermine le genre de dangers que l'adopté doit avoir couru : elle exige qu'il ait sauvé la vie à l'adopté, soit dans un *combat*, soit en le retirant *des flammes* ou *des flots* : il s'agit d'une règle exorbitante ; par conséquent, il faut l'interpréter restrictivement (4). ∽ On répond avec raison que l'article 345 parle des combats, des flammes et des flots par forme d'exempl ; que le législateur s'est uniquement proposé de déterminer l'importance des services rendus et la gravité du danger que l'adopté doit avoir couru ; qu'il

(1) Grenoble, 22 mars 1843; Dal., nos 227 et 90.

(2) Dur., no 284; Delv., p. 99, no 7; Grenier. Adoption, 1re partie, no 9; Valette sur Proudhon, t. 1er, p. 197; Duvergier sur Toullier, t. 2, no 989; Encyclop., no 48; Demolombe, no 59; Zach., p. 560. — *Voy.* cep. Toullier, no 989; Locré, p. 398, t. 5.

(3) Demolombe, no 25; Encyclop., no 24; Dal., *ibid.*, no 90.

(4) Delv., p. 95, no 7; Zach., t. 4, p. 25; Dal., *ibid.*, nos 92-94.

est dans son esprit de récompenser tout acte de dévoûment qui réunit ces deux caractères : *péril de la vie* pour l'adoptant et *danger* pour l'adopté.

Toutefois, il faut supposer que les services ont été rendus par un pur sentiment de générosité, indépendamment de tout devoir imposé par la profession : nous n'irons pas jusqu'à prétendre que le médecin qui aurait donné des soins à une personne atteinte d'une maladie contagieuse, se trouverait nécessairement dans le cas de l'adoption rémunératoire. — Le danger, pour donner lieu à l'adoption rémunératoire, doit être patent, manifeste, visible : dans l'espèce, il n'aurait pas ce caractère. (Dur., n° 284 ; Encyclopédie, n° 49 ; Demolombe, n° 60.)

Suivant Dalloz (*v.* Adoption, n° 94), l'adoption remunératoire pourrait avoir lieu même en faveur de l'avocat qui aurait, dans des circonstances extraordinaires, sauvé son client d'une accusation capitale, en exposant sa vie par la présentation de la défense. Mais ce que nous avons décidé relativement au médecin, doit s'appliquer *à fortiori* à l'avocat : l'adoption rémunératoire n'est autorisée que pour des actes de dévoûment non commandés par le devoir. (Demolombe, n° 61.)

Conditions requises pour être adopté.

346 — L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté. Si l'adopté, ayant encore ses père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère ou par le survivant; et s'il est majeur de vingt-cinq ans, de requérir leur conseil.

= La loi exige que l'adopté soit majeur, c'est-à-dire, qu'il ait accompli sa 21e année ; parce que l'adoption impose aux parties des obligations réciproques. — S'il ne peut représenter son acte de naissance, on doit l'admettre à produire un acte de notoriété, conformément à ce qui est établi par les articles 70 et 71. (Demolombe, n° 32.)

Lorsqu'il n'a pas encore accompli sa 25e année, il doit même obtenir le consentement de ses père et mère : sous ce rapport, l'adoption a de l'analogie avec le mariage.

Mais on signale les différences suivantes :

1° Pour le mariage, le consentement du père suffit, en cas de dissentiment. — Pour l'adoption, la volonté du père et celle de la mère sont nécessaires.

Néanmoins, si le père ou la mère se trouvait, par une cause quelconque, dans l'impossibilité de manifester sa volonté, nous pensons que le consentement de l'autre suffirait. (Arg. des articles 149, 150 et 155.)

2° Les filles peuvent, à l'âge de 21 ans accomplis, contracter mariage, lors même qu'elles n'ont pas obtenu le consentement de leurs père et mère.—En matière d'adoption, leur minorité se prolonge jusqu'à l'âge de 25 ans accomplis : la loi ne distingue pas.

3° En cas de décès des père et mère, on exige, pour le mariage, le consentement des ascendants.—Quand il s'agit de l'adoption, cela n'est pas nécessaire : si les père et mère sont décédés, l'adopté n'a besoin du consentement de personne.

4° Si les père et mère refusent leur consentement, les hommes sont tenus, de 25 à 30 ans accomplis, et les femmes de 21 à 25 ans, pour contracter mariage, de leur faire trois soumissions respectueuses.—Pour l'adoption, un seul acte respectueux suffit : un mois après la notification de cet acte, il peut être passé outre.—Quant à la forme de l'acte respectueux, on doit, selon nous, observer les règles établies au titre du mariage.

Ces différences entre l'adoption et le mariage ont pour cause la faveur toute exceptionnelle accordée à ce dernier contrat ; faveur que l'adoption ne mérite pas au même degré (1).

— L'époux qui veut se donner en adoption doit-il obtenir le consentement de son conjoint? ∽ Delvincourt, p. 99, n° 18, se prononce d'une manière absolue pour l'affirmative : Lorsque c'est la femme qui doit être adoptée, le principe de l'autorité maritale, dit-il, ne permet pas qu'il en soit autrement; lorsque c'est le mari, il semble convenable qu'il ne puisse forcer sa femme à prendre un nom autre que celui qu'elle a porté jusqu'alors.∽Duranton, n° 292, professe une opinion tout opposée : il pense que l'adopté (homme ou femme) n'a pas besoin du consentement de son conjoint : la loi, en effet, ne le prescrit point; elle exige seulement, si l'adopté n'a pas 25 ans accomplis, qu'il obtienne le consentement de ses père et mère, ou du survivant. (*V.* aussi Encyclop., n° 29.)∽ Ces deux opinions nous paraissent trop absolues : on ne saurait admettre que la femme, qui ne peut, sans l'autorisation de son mari, recevoir directement d'un tiers la moindre libéralité, ni contracter la moindre obligation, pût disposer ainsi de sa personne; la morale et l'ordre public s'y opposent. — Mais nous ne voyons point pourquoi le mari serait tenu d'obtenir le consentement de sa femme pour être adopté : les mêmes raisons ne se présentent plus. — La femme, dit-on, se trouverait tenue de joindre au nom propre de son mari celui de l'adoptant ; rien ne l'y oblige; la loi ne statue ainsi qu'à l'égard de l'adopté : — dans l'usage on ne lui donne jamais ce surnom, ni dans les actes publics, ni même dans le monde; elle est toujours désignée sous son nom de fille ou de femme (2).

Effets de l'adoption.

Les droits résultant de l'adoption, tels qu'ils se trouvent déterminés dans les articles que nous allons parcourir, ne sont point susceptibles de modifications : l'adoptant peut seulement priver l'adopté de la portion disponible de sa succession (3), faculté qu'il aurait du reste, si l'enfant était légitime.

347 — L'adoption conférera le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom propre de ce dernier.

(1) Delv., p. 99, n° 10; Dur., n° 289; Dal., n° 105.
(2) Zach., t. 4, p. 7; Demolombe, n° 28, t. 6, p. 7, t. 4; Dal., Adoption, n° 110.
(3) Cass., 4 décembre 1816; D., n° 215.

= L'adoption confère à l'adopté le nom de l'adoptant; cependant, il ne perd pas son nom de famille : il ajoute seulement à ce nom celui de l'adoptant, alors même que ce dernier serait une femme. — Si la femme est mariée, c'est son nom de fille et non celui de son mari que prend l'adopté. La femme mariée n'a pas le pouvoir de transmettre le nom de son mari (1).

348 — L'adopté restera dans sa famille naturelle, et y conservera tous ses droits : néanmoins le mariage est prohibé :

Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ;

Entre les enfants adoptifs du même individu ;

Entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant ;

Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté.

= L'adopté ne sort pas de sa famille naturelle : ce sont toujours ses ascendants légitimes qui sont appelés à consentir à son mariage ; il n'est point dispensé de leur signifier des actes respectueux ; s'ils sont dans le besoin, il leur doit des aliments; en un mot, il est tenu, sous tous les rapports, des mêmes obligations et il jouit des mêmes avantages que s'il n'avait pas été adopté.

La loi étend à l'adoption quelques-unes des prohibitions que nous avons examinées au titre du mariage; les rapports intimes que produit l'adoption, l'ordre intérieur des familles, le danger pour les mœurs, justifient sous tous les rapports cette disposition.

Le mariage étant prohibé entre les enfants adoptifs du même individu, quelques auteurs décident que la même personne ne pourrait adopter deux époux; car, disent-ils, ces deux époux deviendraient alors frère et sœur par adoption (2).

Mais n'est-ce point encore là une déduction de cette formule inexacte et banale : *adoptio imitatur naturam?* une application des règles de la loi romaine, règles qui n'ont point pénétré dans le Code, ainsi que nous l'avons démontré? Cette prohibition n'est écrite nulle part; elle est même contraire au texte et à l'esprit de l'article 348. — *Au texte*, car il déclare que le mariage est prohibé entre les enfants adoptifs du même individu; il interdit le mariage, mais il ne parle pas du cas où les deux individus sont mariés : on décide même que cet empêchement n'est que prohibitif (*V. infrà*). — *A l'esprit de la loi :* en effet, quel est le but du législateur? de prévenir des désordres dans la maison de l'adoptant, d'y maintenir la pureté des relations de famille : or, ce danger ne peut se présenter, lorsque les deux enfants adoptifs sont mariés avant l'adoption. Quel inconvénient verrait-on, par exemple, à ce qu'un

(1) Delv., p. 100, n° 4; Dal., n° 171.
(2) Grenier, n° 36; Dur., t. 3, n° 291.

oncle adoptât son neveu et sa nièce, encore qu'ils fussent unis par le mariage (1)?

Au surplus, rien ne s'opposerait à ce qu'une personne mariée adoptât l'un des époux, et son conjoint l'autre époux; car, bien que l'article 344 exige le consentement du conjoint de l'adoptant, ce consentement est loin d'équivaloir à une adoption.

— Les empêchements dont parle notre article sont-ils dirimants? *Quid* si deux enfants adoptés par la même personne se marient? ce mariage sera-t-il nul? ∽ La disposition n'est que prohibitive; la loi ne prononce point de nullité. —La voie d'opposition est seulement ouverte à toutes les parties intéressées, ainsi qu'au procureur de la république. (Demolombe, nos 135 et suiv., t. 26; no 233, t. 23; Zach., tom. 3, § 463; Dur., p. 332.) ∽ Ces empêchements sont dirimants, suivant Proudhon, t. 1er, p. 230; Merlin, Rép., vo Empêchements au mariage, § 4, art. 29; Vazeille, no 228.)

349 — L'obligation naturelle, qui continuera d'exister entre l'adopté et ses père et mère, de se fournir des aliments dans les cas déterminés par la loi, sera considérée comme commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un envers l'autre.

= L'adopté n'est soumis envers l'adoptant qu'à l'obligation alimentaire; il n'existe aucune loi qui lui impose des devoirs plus étendus.

L'obligation réciproque de se fournir des aliments ne s'étend pas aux ascendants de l'adoptant; car aucune affinité n'est établie entre eux et l'adopté.

De ce que la loi ne rappelle que les père et mère, relativement à la prestation alimentaire, il ne faut pas croire que cette obligation ait cessé d'exister entre l'adopté et ses ascendants naturels : si elle parle des père et mère, c'est uniquement pour établir une comparaison entre la famille de l'adopté et celle de l'adoptant, et pour faire entendre que l'obligation réciproque de se fournir des aliments n'existe pas entre les enfants adoptifs et les ascendants de l'adoptant.

Les rapports existant entre l'adopté et sa famille naturelle ne reçoivent aucune atteinte :

Ainsi l'adopté reste soumis à l'obligation d'obtenir le consentement de ses ascendants pour contracter mariage (2).

Le droit de succession réciproque, établi par les articles 730-755, est maintenu.

350 — L'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parents (3) de l'adoptant; mais il aura sur la

(1) Demolombe, no 56; Zach., t. 4, p. 7; Toullier, t. 1er, p. 448; Dal., no 108.

(2) Locré, Législ., t. 6, p. 587 et 588, no 7; Merlin, Quest., vo Adoption, § 3; Proudhon, t. 2, p. 141; Toullier, no 1017, Zach., p. 18.

(3) Le mot *parents* est générique; il comprend les parents en ligne directe et les parents en ligne collatérale (Toulouse, *ibid.*).

succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption.

= L'adopté jouit des mêmes droits que l'enfant né en mariage : à ce titre, il exclut de la succession de l'adoptant les collatéraux et même les ascendants (745, 746, 750) (1). — Comme les enfants légitimes, il a une réserve (913) : toutefois, les opinions sont divisées sur la manière d'en faire le calcul. (Voy. *infrà.*)

La position de l'adopté diffère cependant sous quelques rapports de celle des enfants légitimes :

1° Suivant l'article 960, les donations entre-vifs sont révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime. — L'adoption ne saurait produire cet effet : la loi ne laisse pas à l'adoptant la faculté de révoquer à son gré une disposition déclarée par elle irrévocable. (*Voyez* toutefois *infrà*, quest. 3.) — Mais si les donations entre-vifs se trouvaient révoquées par la survenance d'un enfant légitime, l'adopté partagerait avec cet enfant les biens rentrés dans la succession de l'adoptant : il aurait ainsi, par le moyen d'un autre, un droit qu'il n'avait point par lui-même.

2° Les enfants ou descendants légitimes peuvent représenter, dans certaines successions, leur père décédé, et exercer ainsi, en son lieu et place, les droits qu'il aurait à prétendre s'il était vivant (art. 749) : — l'adopté ne jouit pas du bénéfice de la représentation ; car, pour l'invoquer, il faut être soi-même personnellement capable de succéder : or, le droit de successibilité accordé à l'adopté n'a lieu qu'à l'égard de l'adoptant ; il ne s'étend pas aux biens des parents de ce dernier (2).

3° L'ascendant légitime succède à ses enfants (745, 746) : — l'adoptant ne succède pas à l'adopté (351).

4° Enfin, ainsi que nous l'avons déjà dit, l'obligation alimentaire ne saurait exister entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant (349 et 350); pas plus qu'elle n'existe entre l'enfant naturel et les ascendants de celui qui l'a reconnu.

Il est inutile de rappeler que le droit de successibilité accordé à l'adopté ne s'étend pas aux biens des parents de l'adoptant.

— L'adopté est-il soumis à l'autorité de l'adoptant en ce qui touche le mariage? ✓ Une proposition ainsi conçue avait été proposée par la section de législation du tribunat : « L'adoptant exercera sur l'adopté l'autorité des père et mère, telle qu'elle est réglée par les lois à l'égard des mineurs; » mais cette disposition ne pouvait se concilier avec celle de l'art. 348, portant que l'adopté reste dans sa famille naturelle; en conséquence, elle a été rejetée : d'où il résulte que l'adopté reste, quant à son mariage, sous la puissance de ses père et mère (3). — Il s'agit d'un acte qui touche la famille naturelle, d'un acte étranger à la famille de l'adoptant.

(1) Suivant Toullier, n° 1011, note 2, les ascendants ne sont privés de leur droit de réserve qu'autant qu'ils ont consenti à l'adoption. — Mais les termes formels de l'article 350 repoussent un tel système.

(2) Toulouse, 25 avril 1844, Dev., 1845, 2, 69.

(3) Colmar, 28 juillet 1821; D., nos 180 et suiv.

Par suite du même principe, il faut admettre que le père adoptif n'est pas de droit tuteur légal de l'enfant mineur qu'il a adopté (1).

L'adoption produit-elle une alliance entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, ou entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté? Ce dernier devient-il le gendre ou la bru de l'adoptant, *aut vice versâ?* ∽ L'adoption, a dit la cour de cassation, établit des liens d'alliance, sinon absolument semblables à ceux qui résultent du mariage, du moins qui s'en rapprochent beaucoup par leurs effets; c'est évidemment en vue d'une alliance de cette nature, que le mariage a été interdit entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté (2). — L'affinité morale établie, par l'adoption, entre les personnes de cette qualité, dit Locré, Législ. civ., t. 6, p. 610, et les rapports physiques que la cohabitation fait naître entre elles, prescrivaient de ne point offrir par le mariage d'aliments à leurs passions. ∽ Quoi qu'il en soit, il est admis que l'adoption ne produit pas une alliance véritable, une affinité semblable à celle qui résulte des articles 206 et 207; mais plutôt certains empêchements, fondés sur l'honnêteté publique. — Oserait-on soutenir que l'obligation réciproque de se fournir des aliments existe entre le conjoint de l'adopté et l'adoptant, malgré le texte de l'art. 349, qui restreint cette obligation à l'adoptant et à l'adopté (3)?

Nous avons admis que les parents de l'adopté et ceux de l'adoptant demeurent étrangers les uns aux autres : cette proposition n'est-elle pas trop absolue? *Quid*, par exemple, à l'égard des enfants de l'adopté? Ne serait-on pas fondé à prétendre qu'ils deviennent civilement les petits-enfants de l'adoptant? que l'obligation alimentaire existe entre eux et ce dernier? ∽ Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : les rapports établis par l'adoption sont calqués sur ceux qui résultent du lien naturel; en conséquence, toute la descendance légitime de l'adopté se trouve fictivement rattachée à l'adoptant; par suite, elle doit jouir des mêmes droits et supporter les mêmes obligations que si elle était liée à ce dernier par le sang : il est évident, en effet, que la personne qui adopte, entend se créer une descendance fictive. — Les liens juridiques de parenté entre l'adoptant et les descendants de l'adopté résultent des articles 347, 349, 351 et 352, bien qu'il n'existe point de disposition textuelle à cet égard. — L'enfant adoptif est héritier légitime de l'adoptant; il succède à ce dernier à titre d'enfant, or, les descendants de ce dernier sont appelés dans la ligne directe au même titre que leur auteur (740-745) (4). ∽ Merlin, Quest., § 7, distingue entre les enfants nés avant l'adoption, et ceux qui sont nés depuis : les premiers ne se trouvent point, dit-il, dans la position d'enfants légitimes vis-à-vis de l'adoptant, car ils ne prennent pas son nom. L'adoption ne produit cet effet qu'à l'égard des seconds. ∽ Il nous paraît plus vrai de décider que les rédacteurs du code n'ont entendu faire de l'adoption qu'un contrat de bienfaisance personnel entre l'adoptant et l'adopté; qu'en l'absence d'un texte formel, ce lien ne peut s'étendre aux descendants légitimes de ce dernier, et qu'il n'y a point à distinguer entre les enfants nés avant l'adoption et ceux qui sont nés depuis. — Dans les articles où il est question des obligations et des droits de l'adopté (349-350), la loi garde le silence sur les descendants; elle est bien autrement explicite à cet égard dans les articles 205, 207, 745, 759, relatifs à la filiation légitime.—Les enfants adoptés, disent nos adversaires, prennent le nom de l'adoptant. Cette décision est évidemment trop absolue, surtout

(1) Besançon, 4 août 1808.

(2) Cass., 30 novembre 1842, Dev., 1842, 1, 916; 7 décembre 1842, 6 décembre 1844; D., nos 175 et 176.

(3) Demante, Progr., t. 1er, no 337; Demolombe, no 137.

(4) Proudhon et Valette, t. 2, p. 221; Encyclop., no 74; Championnière et Rigaud, Enreg., t. 4, no 3375; D., vo Adoption, no 187.

en ce qui touche les enfants qui sont nés avant l'adoption : ces enfants ont reçu un nom en naissant, le nom de leur père ; ce nom est devenu leur propriété ; nul ne peut dès lors le changer sans qu'ils y aient consenti.— On argumente de la loi du 11 germinal an II, relative aux changements de nom, laquelle déclare que les enfants même déjà nés prennent le nom nouveau ou modifié de leur père : il est reconnu par tous les auteurs que les descendants de l'adopté peuvent, en protestant dans l'année de la publication de l'ordonnance, se refuser au changement ou à la modification de leur propre nom.—S'ils gardent le silence, on doit conclure qu'ils ont tacitement adhéré.—Le doute pourrait exister tout au plus à l'égard des enfants nés depuis l'adoption ; mais nous ne persistons pas moins à les placer sur la même ligne que les enfants nés antérieurement : ce n'est pas de leur père, nous le répétons, que les enfants tiennent leur nom ; mais de la loi, indépendamment du fait de l'homme.—D'ailleurs, on peut porter le nom d'une personne sans être pour cela son parent : existe-t-il un lien de parenté entre l'adopté et les collatéraux de l'adoptant ?—On invoque l'article 458 : mais nous avons démontré que l'empêchement qu'il prononce est fondé sur des considérations de morale : évidemment il n'existe point de parenté entre les enfants adoptifs du même individu.— Enfin, on argumente des art. 351 et 352 : mais il ne résulte nullement de ces articles que l'adoptant et les descendants de l'adopté soient parents : autre chose est le retour légal, autre chose est le droit de successibilité.—Quant aux principes des lois romaines sur l'adoption, nous avons vu qu'ils ont été rejetés par les rédacteurs du code civil (1).

Les descendants de l'adopté peuvent-ils prétendre à la succession de l'adoptant, soit de leur propre chef, soit par représentation de leur auteur ? ∽ On argumente, pour l'affirmative, des termes de la loi 27 *de adopt. et emancip.*, ainsi conçue : *Ex adoptivo natus adoptivi locum obtinet jure civili* ; de l'article 348, qui prohibe le mariage entre l'adoptant et les descendants de l'adopté ; de l'article 350, qui confère à l'adopté, dans la succession de l'adoptant, les mêmes droits que s'il était né en mariage ; de l'article 351, qui déclare que l'existence des descendants de l'adopté forme obstacle au droit de retour légal établi en faveur de l'adoptant ; des règles générales sur la représentation (739) ; enfin, des art. 1082 et 1089, qui étendent aux enfants et descendants le bénéfice des institutions contractuelles. On ajoute que la transmission de la fortune est indispensable pour soutenir honorablement le nom transmis, et que, dans le contrat formé par l'adoptant, l'adoption est censée stipulée pour lui et pour ses descendants (2). ∽ Merlin, Quest., v° Adoption, § 7, distingue : il accorde la représentation aux descendants nés depuis l'adoption ; il refuse ce droit à ceux qui sont nés antérieurement : les premiers, dit-il, deviennent, civilement parlant, les petits-fils de l'adoptant, car ils ajoutent, comme leur père, le nom de l'adoptant à leur nom de famille. ∽ On répond que les règles du droit romain sur l'adoption ne sont point applicables en droit français ; car cette matière repose sur des bases entièrement différentes ; que la disposition de l'article 348 n'a rien de commun avec le droit de succession ; que les prohibitions établies par cet article sont uniquement des empêchements d'honnêteté publique ; enfin, que l'article 350, en parfaite harmonie avec l'article 349, ne peut s'interpréter que dans un esprit d'exclusion, en présence surtout de l'article 759, qui est formel ; enfin, qu'on ne saurait étendre arbitrairement l'assimilation établie par l'article 351, dans une matière qui ne souffre

(1) Delv., p. 96, n° 6; Grenier, v° Adoption, n° 37; Zach., t. 4, p. 19; Favard, v° Adoption, sect. 2, § 3, n° 9; Demolombe, n°s 39 et suiv.

(2) Proudhon, Valette, t. 2, p. 221; Toullier, t. 2, n° 1015; Dur., t. 3, n°s 314 et 327; D., v° Adoption, n°s 185 et suiv.; — Cass., 2 décembre 1822; Paris, 27 janvier 1824, Dev. Pal.

point d'interprétation extensive. — Quant à l'argument tiré des règles générales sur la représentation, on répond que le bénéfice de la loi n'est admis qu'en faveur de ceux qui se trouvent appelés à succéder de leur chef, et seulement en vue de les rapprocher du défunt : or, les descendants de l'adopté n'ont *jure proprio* aucun droit à exercer sur la succession de l'adoptant. — Si l'on envisage les choses dans leur état réel, on reconnaît que l'adoption est un véritable don d'une succession non ouverte ; or, toutes les dispositions de ce genre sont caduques par le prédécès du donataire.—Quant à l'opinion intermédiaire de Merlin, elle est purement arbitraire ; aucun article du code ne la justifie : il ne suffit point de prendre le nom d'une personne pour entrer dans la famille de cette personne. Ainsi, l'adopté prend le nom de l'adoptant : en concluera-t-on qu'il pourra succéder au père de ce dernier? L'enfant naturel prend le nom de celui qui l'a reconnu ; s'ensuit-il qu'il acquiert des droits de famille?—Dans l'usage, il est vrai, les enfants de l'adopté portent le nom de l'adoptant; mais cela vient uniquement de ce que le nom propre de leur auteur a été modifié (1).

351 — Si l'adopté meurt sans descendants légitimes, les choses données par l'adoptant, ou recueillies dans sa succession, et qui existeront en nature lors du décès de l'adopté, *retourneront* (2) à l'adoptant ou à ses descendants, à la charge de contribuer aux dettes, et sans préjudice des droits des tiers.

Le surplus des biens de l'adopté appartiendra à ses propres parents, et ceux-ci excluront toujours, pour les objets même spécifiés au présent article, tous héritiers de l'adoptant autres que ses descendants.

=Le droit consacré par cet article et le suivant, en faveur de l'adoptant et de ses descendants, n'est pas un retour légal, mais un véritable droit de succession, ainsi que cela nous paraît suffisamment établi par la dernière disposition de l'article 351, qui leur impose la charge de contribuer aux dettes et de respecter les droits acquis par des tiers sur les biens donnés.

Il suit de là :

1° Que ce droit ne s'ouvre qu'au décès de l'adoptant (718);

2° Que l'adoptant ne peut, par anticipation, y renoncer (791, 1130 et 1600);

3° Qu'il doit être capable de succéder à l'ouverture du droit (725 et 727).

Examinons maintenant les deux hypothèses prévues par la loi : 1° le décès de l'adopté sans enfants (art. 351) ; 2° le décès de l'adopté et de ses enfants (*voy.* art. 352).

Au premier cas, l'adoptant reprend les choses qu'il a données à

(1) Delv., p. 100, no 9; Grenier, no 37; Locré, p. 344; Zach., p. 19; Favard, Rép., vo Adoption, sect. 2, § 3, no 9.

(2) Mieux vaudrait dire : *succéderont;* car il ne s'agit pas ici d'un droit de retour proprement dit : le retour dont il s'agit, s'opère à titre successif; il est réglé par l'article 747. Cass., 28 décembre 1829, S., 30, 1, 59.

l'adopté et qui se retrouvent en nature dans la succession de ce dernier, mort sans descendants légitimes.

Le même droit est étendu aux descendants légitimes de l'adoptant prédécédé; mais il y a cette différence: 1° qu'ils peuvent réclamer non-seulement les biens donnés entre-vifs par leur auteur, mais encore ceux que l'adopté a recueillis dans sa succession, pourvu toujours qu'ils se retrouvent en nature et qu'il n'existe pas de descendants légitimes; 2° ainsi que nous le verrons dans l'article suivant, que les descendants n'ont ce droit que sur la succession de l'adopté mort sans postérité, et non sur celle de ses descendants.

Il s'agit ici d'une disposition exorbitante, et par conséquent restrictive: or, il faut remarquer : 1° que cette faveur n'est pas accordée aux héritiers d'un autre ordre ; 2° que le droit de retour n'est pas réciproque entre l'adoptant et l'adopté, c'est-à-dire que l'adopté ne pourrait exercer par préférence à tous autres la reprise des biens qu'il aurait donnés à l'adoptant.

Au surplus, l'adoptant et ses descendants, ainsi que nous l'avons déjà dit, ne succèdent aux biens dont il s'agit, qu'à la charge de contribuer aux dettes en proportion de la valeur des choses qu'ils reprennent, et sans préjudice des droits acquis à des tiers sur ces mêmes biens, c'est-à-dire, des droits d'usufruit, d'usage, de servitude, d'hypothèque, de gage et autres que l'adopté peut avoir consentis. Ce droit est de la même nature que celui dont il est question dans l'article 747.

Quant aux autres biens de la succession, comme l'adopté n'a pas changé de famille, ils se partagent, comme s'il n'y avait pas eu d'adoption, suivant les règles ordinaires.

— Le droit de retour s'exerce-t-il sur les objets légués? ⁂ Dès le moment où l'on considère ce droit comme une succession, il faut se prononcer pour la négative ; la loi ne réglant la succession qu'à défaut de manifestation de la part de l'homme. (Dur., n° 325; Delv., p. 100, n° 11; Dal., n° 212.)

Ces mots : *descendants légitimes*, qui se trouvent dans l'article 351, rapprochés de ceux-ci : *sans postérité*, qui se trouvent dans l'article 747, ont fait naître la question de savoir si la descendance adoptive de l'enfant adoptif met obstacle à l'exercice du retour légal? ⁂ D'une part, on raisonne ainsi : l'emploi de ces mots : *descendants légitimes*, manifeste clairement l'intention d'exclure du bénéfice de la libéralité tous autres que les enfants issus du mariage. Une parenté fictive existe sans doute entre l'adoptant et ces derniers; mais la descendance adoptive lui est étrangère. (Dur., n° 340.) ⁂ Néanmoins, il nous semble bien difficile d'admettre cette opinion : en supposant qu'on n'ait pas égard à cette circonstance, que l'enfant adoptif porte le nom de l'adoptant, et qu'il jouit, sur la succession de ce dernier, des mêmes droits que l'enfant légitime, qu'il a même un droit de réserve, il faut du moins considérer l'adoption comme une sorte de donation de succession ; or, ne serait-il pas bizarre de refuser à ce contrat un effet que l'on attribue à un simple legs? (Dal., n° 205.) (1).

Nous avons supposé, dans la question précédente, le cas de retour légal: l'existence d'un enfant adoptif mettrait-elle obstacle au retour conventionnel? en

(1) Demolombe, nos 166, 167 et 168; Dur., n° 220, t. 6; Encyclop., v° Adoption, n° 73; Chabot, Succes., art. 747, n° 6.

d'autres termes, doit-on, dans l'hypothèse qui nous occupe, établir une différence entre le cas de l'article 351 et celui de l'article 951? ∽ Nous pensons que l'effet du retour dépend alors des clauses de la donation.—Quelques personnes décident, il est vrai, que l'article 350 établit une entière assimilation entre l'enfant légitime et l'enfant adoptif : mais il faut observer, d'une part, que, dans l'art. 951, la loi parle des *descendants*, qualification qu'on ne peut donner aux enfants adoptifs; d'autre part, que son but a été de favoriser le mariage; tandis qu'il n'avait aucun motif pour favoriser l'adopté au préjudice du donateur.—Il s'agit d'une question d'interprétation (1).

L'adoption opère-t-elle de plein droit, comme la survenance d'enfant, la révocation des donations entre-vifs (960)? ∽ Cette révocation est un droit exorbitant, consacré par une disposition spéciale; il faut, par conséquent, la restreindre dans ses termes : or, la loi ne parle point des enfants adoptifs.—Assurément, l'adopté est assimilé, par l'article 350, à l'enfant légitime, mais uniquement en ce qui touche ses droits sur la succession de l'adoptant; sa réserve se calculera sans doute comme celle de l'enfant légitime, même sur les biens donnés; l'adopté pourra faire réduire les donations si elles excèdent la quotité disponible : mais autre chose est la réduction, autre chose est la révocation des donations. — A ceux qui argumentent de l'article 1038, on répond qu'une aliénation peut être considérée comme une sorte de révocation, car elle opère dessaisissement; mais que l'adoption a pour seul effet de créer, en faveur de l'adopté, des droits éventuels; par conséquent, il n'y a point incompatibilité entre le maintien d'une libéralité et l'adoption (2).

Un enfant adoptif de l'adoptant jouirait-il du bénéfice de l'article 351? ∽ On peut soutenir que l'adopté n'est assimilé à l'enfant légitime qu'en ce qui concerne ses droits sur la succession de l'adoptant. (Zach., t. 4, p., 225.) ∽ Néanmoins, si l'on considère que les enfants légitimes sont tout aussi étrangers à l'adopté qu'un autre enfant du même individu, on ne voit point de raison pour lui refuser le même droit. (Demolombe, n° 174.)

La règle qui accorde à l'adopté les mêmes droits qu'à l'enfant légitime dont il s'agit est-elle absolue à ce point, qu'il puisse invoquer le bénéfice de l'article 1098, si l'adoptant s'est marié? ∽ Cet article, peut-on dire, édicté en haine des deuxièmes noces, s'applique uniquement aux enfants nés *d'un autre lit*; ce qui ne peut s'entendre de l'adopté (3). ∽ Nous pensons que l'article 1098 ne fait autre chose qu'établir, dans un cas donné, une réserve spéciale en faveur des enfants nés en mariage. — Cet article n'est pas fait, comme on l'a dit, en haine des deuxièmes noces : son but unique est de garantir les droits des enfants du premier lit; or, l'enfant adoptif mérite, aux yeux de la loi, le même intérêt que l'enfant légitime (4).— D'ailleurs, l'article 350, conçu en termes généraux et absolus, n'admet aucune distinction.

L'adoptant ou ses descendants succèdent aux biens qui se trouvent en nature dans la succession de l'adopté; mais succèdent-ils également aux actions en reprises, à l'action en réméré, en rescision, en nullité, ou au prix encore dû des choses aliénées (747 et 766)?

(1) Grenier, n° 59; Toullier, n° 303; Favard, Rép., v° Adoption, sect. 2, § 3, n° 10; Val. sur Proudhon, n° 224; Dal., n° 206; — Zach., t. 4, p. 24; Encyclop., n° 72; Merlin, Quest., v° Adoption, § 6; Demolombe, n° 169; — Cass., 27 juin 1822, Dev. Pal.

(2) Demolombe, n° 164; Proudhon et Valette, t. 2, p. 223; Toullier, n° 1011, t. 2; Dur. n° 315, t. 3; n° 561, t. 8; Zach., t. 4, p. 24; Merlin, Quest., v° Adoption, § 4; Encyclop., v° Adoption, n° 71; D., v° Adoption, n° 198; Favard, Rép., v° Adoption, sect. 2, § 3, n° 6;— Montpellier, 20 août 1842, D., *ibid.*, n° 202.

(3) Zach., t. 4. p. 24; Grenier, Adoption, n° 43; — Cass., 29 juin 1825, S., 26, 1, 29; D., 1825, 1, 222; Montpellier, 8 juin 1823, S., 1823, 2, 295, Dev. Pal.

(4) Demolombe, n° 163; Merlin, Rép., Révoc. d'Adoption, t. 12; — Cass., 26 avril 1808, S., 1808, 1, 333, Dev. Pal.

Première opinion : Ils succèdent aux actions en reprise, car celui qui a l'action est censé avoir la chose elle-même : ils ne peuvent prétendre au prix, car les biens ne se retrouvent plus dans la succession (1).

Deuxième opinion : Ils ne succèdent ni aux actions en reprise ni au droit d'exiger le prix.— Il s'agit d'une disposition exceptionnelle ; on ne peut donc l'étendre au delà de ses termes. Toutes les fois que la loi a voulu conférer ce droit au donateur, elle s'en est expliquée (747 et 766). Or, l'art. 351 garde le silence. (Toullier, no 1013, Grenier, no 153; *voy.* aussi Encyclop., vo Adoption, no 77.)

Troisième opinion : Celle que nous adoptons. Le droit de retour s'exerce même sur le prix des biens aliénés, si ce prix est encore dû. — Le droit conféré à l'adoptant et à ses descendants nous paraît de tous points semblable à celui qui est établi par les articles 747 et 766 au profit de l'ascendant donateur ; par conséquent, il faut appliquer par analogie les mêmes règles. Le silence gardé par les articles 352 et 353 ne signifie rien : ces articles renferment en germe les conséquences développées par les articles 747 et 766 ; les mêmes vues ont inspiré le législateur. La position de l'adoptant est même plus favorable ; car, s'il est admis que l'ascendant est préféré aux parents de son fils donataire, ses propres parents, *à fortiori*, doit-on lui accorder cette préférence sur les parents de l'adopté, qui ne sont, à son égard, que des étrangers : le prix représente la chose tout aussi bien que l'action en reprise (2).

Comment se calcule la réserve de l'enfant adoptif? sur quels biens peut-elle s'exercer? ∽ Sur la succession de l'adoptant, disent les uns : l'adopté pourra faire réduire les legs; mais les donations ne seront pas sujettes à réduction ; autrement, le donateur se créerait un moyen de révocation.— D'ailleurs, la révocation n'est admise que par des considérations toutes morales, en vue de faciliter le mariage du donateur : ces considérations n'existent pas lorsqu'il s'agit de l'adoption (3). ∽ D'autres distinguent : les donations antérieures au contrat d'adoption échappent à la réduction, disent-ils ; mais les donations postérieures y sont soumises.—Admettre que l'adoption révoque les donations antérieures à l'adoption, ce serait se mettre en contradiction avec la règle généralement reconnue, que les donations ne sont pas révoquées de plein droit par l'adoption, comme elles le seraient par la survenance d'un enfant (960) (*v. infrà*) : d'ailleurs, l'adopté n'a pas dû compter sur les biens donnés ; ses droits ne datent que du jour de l'adoption (4). ∽ Nous pensons que la réserve de l'enfant légitime doit s'exercer indistinctement sur les legs, sur les donations entre-vifs et sur les institutions contractuelles ; que les libéralités soient antérieures ou postérieures au contrat d'adoption, il n'y pas deux manières de calculer la réserve : dès le moment où l'on adme que l'enfant adoptif a les mêmes droits que l'enfant né en mariage, il faut lui faire l'application des mêmes règles. Ce n'est point là une atteinte à l'irrévocabilité des donations : la faculté d'adopter est une condition résolutoire tacite que le donataire a dû prévoir ; cette condition n'avait rien de potestatif ; par conséquent, il faut la

(1) Malleville, p. 355; Delv., p. 106, no 11; Dur., nos 323 et 324; Val. sur Proudhon; Dal., no 210.

(2) Merlin, Quest., § 4 et 5; Favard, nos 4 et 10; Dur., no 315; Malleville sur l'art 350; Dal., no 191; Delv., p. 100, no 5; — Cass., 26 avril 1808, S., 1808, 1, 133, Dev. Pal.

(3) Favard, Rép., vo Adoption, sect. 2, § 3, no 5; Toullier, no 1010, t. 2; Grenier, vo Adoption, nos 20 et 40; — Rouen, 27 janvier 1844; Dev., 1844, 2, 534.

(4) Duvergier sur Toullier, t. 2, no 1011, note *a;* Rolland, vo Adoption, no 31; Dur., no 319, t. 3; Merlin, Quest., vo Adoption, § 5, nos 2 et 5; Encyclop., vo Adoption, nos 68-70; D., vo Adoption, nos 192-196; Demolombe, nos 158 et suiv.; — Cass., 29 juin 1825, S., 1826, 1, 29; D., 1825, 1, 222; Dev. Pal.; Paris, 26 mars 1839, Dev., 1839, 2, 200; Dal., nos 194 et suiv.

respecter. D'ailleurs, nous le répétons, l'adopté n'est point considéré comme donataire, mais comme enfant légitime.—Avant de donner son consentement, le conjoint de l'adoptant doit donc sérieusement réfléchir, car les conséquences de l'adoption peuvent peser gravement sur lui, notamment s'il est donataire de l'adoptant (1).

352 — Si, du vivant de l'adoptant, et après le décès de l'adopté, les enfants ou descendants laissés par celui-ci mouraient eux-mêmes sans postérité, l'adoptant succédera aux choses par lui données, comme il est dit en l'article précédent; mais ce droit sera inhérent à la personne de l'adoptant, et non transmissible à ses héritiers, même en ligne descendante.

= S'il arrive que l'adopté soit mort du vivant de l'adoptant, laissant des enfants ou des descendants, et que ceux-ci, après avoir hérité de leur père, enfant adoptif, décèdent eux-mêmes avant l'adoptant sans laisser de postérité, la loi confère à ce dernier le droit de réclamer les choses qu'il a données et qui se retrouvent encore en nature dans leur succession.

Comme la vocation de l'adoptant est subordonnée à la condition que l'adopté sera mort sans postérité, nous pensons que si l'adopté a laissé plusieurs enfants, ces derniers lui seront préférés, en sorte qu'il ne succédera qu'au dernier mourant (2).

Observons que l'adoptant seul est admis à la recherche de l'origine des biens qui ont déjà passé dans deux mains différentes: ce droit lui est personnel ; il ne s'étend pas à ses héritiers même en ligne descendante.

Il résulte de ce qui précède, que le droit de retour conféré à l'adoptant est plus étendu que celui qui est attribué par l'article 747 aux ascendants donateurs : en effet, d'une part, il ne s'éteint point par cela seul que l'adopté a laissé des descendants: si ces derniers meurent sans postérité, l'adoptant est admis à l'exercer sur leur succession, d'autre part, les enfants de l'adoptant sont appelés à son défaut, si l'adopté meurt sans postérité.

SECTION II.

DES FORMES DE L'ADOPTION.

L'adoption est soumise à cinq formalités essentielles :

1° Rédaction d'un acte devant le juge de paix ;

(1) Delv., p. 106, n° 11; Duvergier sur Toullier, t. 1, n° 1013, note 1re; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 215-217; Demolombe, nos 181 et suiv.; Dur., n° 325; — Cass., 18 août 1818, S., 1820, 1, 317; Agen, 9 novembre 1817, Dev. Pal.

(2) Delv., p. 97, n° 1; Grenier, Adoption, n° 16; Zach., t. 4, p. 224; Demolombe, n° 176; Valette sur Proudhon; Dal., n° 213.

2° Homologation du tribunal de première instance;
3° Homologation de la cour d'appel;
4° Publicité donnée à l'arrêt;
5° Inscription sur les registres de l'état civil.

La maxime : *Forma dat esse rei*, reçoit ici une application rigoureuse (1) (arg. *à fortiori* de l'art. 359) : tant que les formalités prescrites ne sont point accomplies, les parties peuvent, d'un commun accord, se désister de leur convention (2); mais elles cessent d'avoir cette faculté après l'inscription sur les registres : l'acte devient alors irrévocable; il est acquis à la société.— Sans doute l'adopté pourra être déclaré indigne de succéder à l'adoptant; il a cela de commun avec les héritiers en général (727) : mais on ne saurait, même pour cause d'ingratitude, le priver du bénéfice de l'adoption, car il ne s'agit pas d'une transmission de biens (3). (*V.* art. 953, 955 et 1046.)

Le principe de l'adoption se trouve dans l'acte dressé par le juge de paix, acte qui relate le consentement des parties. La justice a pour seule mission d'homologuer : cela est tellement vrai, que le tribunal, par son jugement, et la cour, par son arrêt, se bornent à déclarer *qu'il y a lieu à l'adoption*.—Ainsi, à partir de ce moment, un contrat *conditionnel* intervient entre les parties; elles se trouvent liées respectivement : l'une aurait qualité pour accomplir les formes prescrites, sans le concours de l'autre, et même contre le gré de celle-ci (arg. des art. 1134, 354, 357, 359 et 360). — Cette théorie, généralement admise aujourd'hui, était contestée autrefois : Proudhon, t. 1er, p. 212, et Locré, t. 3, p. 177, professaient que l'adoption ne se réalisait que par l'arrêt de la cour : Tout est litigieux jusque-là, disaient-ils ; par conséquent, il faut que les parties soient capables au moment où l'arrêt intervient. — Quelques personnes allaient plus loin; elles argumentaient de ces mots de l'article 359 : *sera sans effet*, pour prétendre que les conditions requises devaient se trouver réunies au moment de l'inscription sur les registres : elles ajoutaient que le tribunal saisi de la demande en homologation ne déclarait pas qu'il y avait adoption, mais seulement qu'il *y avait lieu* à adoption. Il suffit, pour reconnaître l'erreur, de jeter les yeux sur l'article 360, lequel déclare que la mort de l'adoptant, survenue avant l'inscription sur les registres de l'état civil, n'empêche pas la continuation de la procédure. — Nous trouvons la confirmation du système que nous venons d'exposer dans le passage suivant de l'exposé des motifs par M. Réal : « Les démarches que l'adoptant a » faites doivent avoir la même force que son vœu testamentaire. » (Locré, t. 6, p. 571, art. 336.)

Posons donc en principe que les parties doivent être capables au moment du contrat; que leur capacité ne doit se considérer qu'à cette

(1) Locré sur l'article 353; Dur., n° 302; Toullier, n° 1002; Delv., p. 102, n° 2; Zach, n° 2, p. 16; Proudhon, t. 2, p. 135 et 136; Merlin, Quest., v° Adoption, n°s 1 et 2.

(2) Delv., p. 102, n° 8; Proudhon, t. 2, p. 135 et 136; Toullier, t. 2, n° 1002; Dur., t. 3, n° 301.

(3) Dur, n°s 327 et 328; Zach., p. 18; Demolombe, n°s 85, 86 et 127; — Grenoble, 2 mars 1842, Dev., 1843, 2, 171.

époque (1).—Il est même admis que le décès de l'adoptant, survenu avant la transmission du contrat au procureur de la république, ne mettrait pas obstacle à ce qu'il fût donné suite à l'adoption (2). — On pourrait argumenter de l'article 360, lequel semble exiger que l'acte d'adoption ait été porté *devant les tribunaux :* mais, évidemment, ces mots sont purement énonciatifs ; on ne se rend point compte du motif qui les a fait insérer dans la loi ; le rédacteur s'est placé probablement au point de vue de la pratique. Au surplus, ils seraient insuffisants pour détruire une règle conforme à l'harmonie de notre titre.

Ce que nous disons pour le cas du décès de l'adoptant s'appliquerait, *à fortiori*, au cas où il surviendrait, après le contrat passé, une circonstance qui aurait mis obstacle à l'adoption si elle eût existé à cette époque : nous donnerons pour exemple le mariage de l'adoptant ou la grossesse de la femme : la procédure ne continuerait pas moins.

Les mêmes formalités sont requises pour l'adoption ordinaire et pour l'adoption rémunératoire, bien que les conditions intrinsèques diffèrent sous quelques rapports.

La nullité fondée sur l'erreur, la violence ou le dol, ne peut être invoquée que par celle des parties dont le consentement a été vicié, ou par ses successeurs universels (arg. des art. 353, 1109 et 1117) (3). — Celle qui a pour cause l'omission d'une condition extrinsèque peut être invoquée par toute personne intéressée, même par l'adoptant et l'adopté.

On peut proposer la nullité de l'adoption, soit par voie d'action, soit par voie d'exception (4).

353 — La personne qui se proposera d'adopter et celle qui voudra être adoptée, se présenteront devant le juge de paix du domicile de l'adoptant, pour y passer acte de leurs consentement respectifs.

= Le juge de paix compétent pour dresser acte du consentement respectif des parties, est celui du domicile de l'adoptant, parce que, toutes deux étant majeures, il est naturel que ce soit celui qui reçoit le bienfait qui aille trouver le bienfaiteur. — Nous verrons qu'il en est autrement en matière de tutelle officieuse.

L'adoption n'est pas un contrat ordinaire; elle crée des rapports de parenté, change l'ordre des successions, impose à l'adoptant et à l'adopté des obligations semblables à celles qui résultent de la paternité et de la filiation : il est clair, dès lors, que l'intervention d'un officier public est nécessaire, et comme l'état civil se trouve placé sous la

(1) Delv., p. 102, no 9; Toullier, n° 1004; Dur., t. 3, nos 278 et 302; Zach., p. 17; Favard, Rép., vo Adoption, § 2, no 6; Grenier, nos 25 et 26; Zach., p. 17.

(2) Proudhon, p. 133, t. 2; — Orléans, 17 juin 1842; Dal., *ibid*, no 216.

(3) Zach., p. 13; — Colmar, 28 juillet 1821, Pal. Dev.; Cass., 24 août 1831, Pal. Dev., 1831, 1, 321; Angers, 21 août 1839, Dev., 1839, 2, 401.

(4) Delv., p. 102, no 8; Dur., t. 3, no 331; Merlin, Quest., vo Adoption, § 11, no 1; Thémis, t. 7, p. 105 et 106; Zach., p. 14; — Colmar, 28 juillet 1821; Cass., 22 novembre 1825, Dev. Pal.; 24 août 1831, Dev., 1831, 1, 321; Angers, 21 août 1839, Dev., 1839, 2, 401.

protection spéciale de l'autorité judiciaire, le législateur a dû naturellement désigner le juge de paix.

L'acte reçu par le juge de paix impose des liens réciproques aux parties; mais, ainsi que nous l'avons déjà dit, elles peuvent, d'un commun accord, s'en affranchir (1134), tant que l'inscription sur les registres, formalité prescrite par l'article 359, n'a pas eu lieu; elles manifesteraient même suffisamment leur volonté à cet égard, en ne donnant pas suite à l'adoption.

— L'adoptant et l'adopté pourraient-ils se faire représenter par un fondé de pouvoirs? ✓✓ Le doute naît de ce que l'adoption est placée, sous beaucoup de rapports, sur la même ligne que le mariage; or, on ne peut se marier par procureur : un acte qui doit avoir pour résultat d'opérer en quelque sorte la fusion de deux familles, d'établir des rapports de paternité et de filiation, nécessite, à raison de son importance et de sa solennité, la comparution des parties en personne. On peut ajouter que les termes de l'art. 353 paraissent explicites à cet égard, et qu'on ne saurait appliquer ici la règle générale de l'article 1984, sans méconnaître l'esprit de la loi (1). ✓✓ Néanmoins, il est bien difficile d'admettre que le législateur ait entendu se montrer plus rigoureux pour les actes d'adoption que pour tout autre acte de l'état civil (art. 36); aucun texte n'interdit expressément aux parties de se faire représenter; dès lors n'est-il pas rationnel de décider que la règle générale conserve toute son autorité (2).

354 — Une expédition de cet acte sera remise, dans les dix jours suivants, par la partie la plus diligente, au procureur de la république près le tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouvera le domicile de l'adoptant, pour être soumis à l'homologation de ce tribunal.

— Le délai de 10 jours est-il de rigueur? Si les parties le laissent expirer sans avoir déposé au parquet une expédition de l'acte reçu par le juge de paix, sont-elles présumées avoir renoncé à l'adoption? ✓✓ Pour l'affirmative, on peut argumenter de ces termes impératifs de l'art. 354 : *sera admise*, etc.; mais il faut observer que le législateur n'a point employé ces mots qui terminent le 2e alinéa de l'article 359 : *restera sans effets*, etc., et que la proposition faite par le tribunat de subordonner l'efficacité de l'adoption à l'observation des délais prescrits a même été rejetée : d'où il résulte que les juges doivent prononcer eu égard aux circonstances (3).

355 — Le tribunal réuni en la chambre du conseil, et après s'être procuré les renseignements convenables, vérifiera : 1° si toutes les conditions de la loi sont remplies; 2° si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation.

= Les tribunaux ne sont pas, comme dans les autres actes de leur

(1) Encyclop., n° 52; Grenier, Adoption, n° 18.

(2) Delv., p. 102, n° 1; D., *ibid.*, n° 136; Favard, Rép., v° Adoption, sect. 2, § 2; Demolombe, n° 88; — Bruxelles, 22 avril 1807, Dev. Pal.

(3) Malleville sur l'article 354; Locré, Législ., t. 6, p. 590, n° 11; Delv., p. 102, n° 3; Zach., p. 10.

juridiction, appelés à apprécier les moyens révélés par l'instruction : ils doivent se procurer eux-mêmes, dans leurs relations privées, des renseignements sur la moralité de l'adoptant (1) : leur pouvoir est discrétionnaire; tout se fait dans la chambre du conseil ; ils ne sont même pas tenus de rendre compte des motifs de leur décision (356); la loi n'a pas voulu, que le refus d'homologation pût devenir une cause de déconsidération morale.

356 — Après avoir entendu le procureur de la république, et sans aucune autre forme de procédure, le tribunal prononcera, sans énoncer de motifs, en ces termes : *Il y a lieu* ou *il n'y a pas lieu à l'adoption.*

= Ce jugement ne doit être ni motivé ni prononcé à l'audience, lors même qu'il admettrait l'adoption, parce qu'il peut être réformé par la cour d'appel : or, il ne faut point, par une publicité prématurée, ternir la réputation de l'adoptant. — Le tribunal délibère dans la chambre du conseil; sa décision ne doit être publiée qu'après l'arrêt confirmatif de la cour.

357 — Dans le mois qui suivra le jugement du tribunal de première instance, ce jugement sera, sur les poursuites de la partie la plus diligente, soumis à la cour d'appel, qui instruira dans les mêmes formes que le tribunal de première instance, et prononcera, sans énoncer de motifs : *Le jugement est confirmé*, ou *Le jugement est réformé; en conséquence, il y a lieu,* ou *il n'y a pas lieu à l'adoption.*

= Comment la cour doit-elle être saisie? Aucun article ne l'indique; mais il nous paraît évident que l'on doit suivre le même mode de procéder qu'en première instance, c'est-à-dire que la partie la plus diligente doit remettre au parquet du procureur général une expédition de l'acte passé devant le juge de paix et de la décision du tribunal, ainsi que toutes les pièces relatives à l'adoption.

Du reste, l'instruction a lieu de la même manière que devant le tribunal.

358 — Tout arrêt de la cour d'appel qui admettra une adoption sera prononcé à l'audience, et affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que *le tribunal* (2) jugera convenables.

= La procédure doit rester secrète pendant toute la durée de l'in-

(1) Locré, Législ., t. 6, p. 569 et suiv.; Zach., p. 10.
(2) C'est-à-dire la cour d'appel.

struction. L'arrêt est délibéré en la chambre du conseil : s'il est favorable à l'adoption, on lui donne alors seulement la plus grande publicité, parce qu'il importe de faire connaître à la société le changement survenu dans l'état de l'un de ses membres.

Si l'adoption n'est pas admise, l'arrêt, loin d'être publié, ne doit pas même être prononcé à l'audience.

— Peut-on aller en cour d'appel, si les premiers juges n'ont pas été d'avis de l'adoption? ∽ Il ne s'agit point ici, disent quelques personnes, d'une affaire ordinaire, puisqu'il n'y a pas de contestation, mais d'une simple confirmation : ce qui suppose que le tribunal a été d'avis de l'adoption.—Ces mots de l'article 357 : *le jugement est confirmé*, se rattachent exclusivement à ceux-ci : *en conséquence, il y a lieu à l'adoption*; de même que cette autre partie de la formule : *le jugement est réformé*, correspond à cette autre partie : *en conséquence, il n'y a pas lieu à l'adoption.* ∽ Nous ne pouvons admettre que le législateur ait voulu apporter une dérogation aussi grave au système général de notre organisation judiciaire; qu'il soit entré dans sa pensée de rendre le tribunal de première instance juge souverain de la question d'état : il faudrait pour cela des termes plus explicites; il faudrait que l'article 357 fût rédigé ainsi : *Le jugement qui aura admis l'adoption* (1).

Le délai d'un mois est-il de rigueur, de même que celui de dix jours, déterminé pour la remise de l'acte au ministère public ? ∽ Quelques auteurs décident qu'il est entré dans la pensée du législateur de laisser la question de déchéance à l'appréciation discrétionnaire du juge (2). ∽ Néanmoins une question de cette nature ne doit pas demeurer longtemps indécise : assurément, les art. 354 et 357 ne prononcent pas de déchéance; mais la déchéance nous semble résulter de leurs termes et du but que la loi se propose. S'il en était autrement, ces dispositions n'auraient pas de sanction (3).

L'arrêt confirmatif de l'adoption doit-il être prononcé en audience solennelle? ∽ La procédure spéciale, tracée par la loi en cette matière, ne comportant pas une instruction solennelle, il nous paraît que l'arrêt doit être prononcé en audience ordinaire (4).

Peut-on attaquer par voie de cassation l'arrêt qui rejette une adoption? ∽ Hors le cas de nullité pour vice de forme, le recours en cassation est impossible; car la cour d'appel prononce en fait sans donner de motifs : dès lors on ne peut savoir si la loi a été violée, ou faussement appliquée; il n'existe aucun moyen de vaincre la résistance d'une cour d'appel, en matière d'adoption (5). (Voy. *infrà*, p. 220.)— Si les formes requises pour la validité du jugement en matière civile ont été violées, cette voie est ouverte assurément; mais à quoi bon y recourir? ne vaut-il pas mieux renouveler toute la procédure à fin d'adoption?

359 — Dans les trois mois qui suivront ce jugement, l'adoption

(1) Zach., t. 4, p. 11; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 205, note *a*; Duvergier sur Toullier, t. 2, n° 998, note *a*; Demolombe, n° 99.

(2) Toullier, t. 1er, n° 1002; Dur., t. 3, n° 303; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 204, note *a*; D., Vo Adoption, n°s 137 et 138.

(3) Delv., p. 97, n° 4; Zach., t. 4, p. 10; Duvergier sur Toullier, t. 2, n° 1002, note *a*; Demolombe, n° 98; Zach., t. 11.

(4) Limoges, 4 juin 1840; D., n° 150.

(5) Demolombe, n°s 100 et 101; — Cass., 15 novembre 1815, S., 1816, 1, 45, Dev. Pal.

sera inscrite, à la réquisition de l'une ou de l'autre des parties, sur le registre de l'état civil du lieu où l'adoptant sera domicilié.

Cette inscription n'aura lieu que sur le vu d'une expédition en forme du jugement de la cour d'appel ; et l'adoption restera sans effet si elle n'a été inscrite dans ce délai.

= Une fois l'acte inscrit sur les registres de l'état civil, les parties ne peuvent plus se départir de l'adoption ; le lien est aussi indissoluble que le mariage ; l'autorité judiciaire elle-même serait impuissante pour le rompre.— Toullier, nº 1018, t. 2, argumente du Code prussien (article 714), pour prétendre que l'adoption, comme tout autre contrat, doit pouvoir se dissoudre par les moyens qui ont été employés pour le former. Cette opinion est unanimement rejetée : il ne s'agit pas ici d'un contrat ordinaire, ayant pour objet un arrangement relatif à des intérêts pécuniaires ; mais, nous le répétons, d'une institution qui modifie gravement l'état des personnes, qui tient à l'ordre public, qui figure parmi les actes de l'état civil (1).

La loi n'exigeant pas que les deux parties soient présentes à l'inscription de l'acte d'adoption sur les registres, l'une d'elles peut accomplir cette formalité hors la présence de l'autre.

Observons que le délai de trois mois est ici de rigueur : après ce terme, l'inscription ne peut plus avoir lieu, il y a déchéance ; l'adoption reste sans effet ; la loi est formelle. (*Voy.* cep. Delv., p. 102, nº 10.)

Remarquez ces mots de l'article : *l'adoption sera inscrite :* or, ce qui constitue l'adoption, c'est l'ensemble des conditions requises. — Il est admis, néanmoins, que la transcription intégrale de l'arrêt confirmatif de l'adoption sur les registres de l'état civil, satisfait au vœu de la loi, car elle suffit pour rendre notoire l'existence de la nouvelle famille créée par l'adoption (2). — Mais le mieux, pour se mettre à l'abri de toutes contestations ultérieures, est de faire transcrire sur les registres un procès-verbal constatant l'observation des formalités prescrites (3).

On décide généralement que le procès-verbal, comme tous ceux qui sont relatifs à l'état civil, doit être dressé en présence de deux témoins et signé par le poursuivant (4). — Du reste, il faut le reconnaître, la loi ne prescrit pas ces formes ; elle semble même, par son silence, livrer aux magistrats l'appréciation des causes de nullité sur ce point (5).

Le refus du tribunal ou de la cour, d'homologuer un acte d'adop-

(1) Merlin, Rép., vº Révocation, vº Adoption, § 8, nº 3; Duvergier sur Toullier, nº 1018, t. 2, note *a;* Zach., t. 4, p. 16; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 212; Demolombe, nº 128; Dur., nºs 301, 320 et 326; Delv., p. 102, nº 10; Grenier, p. 507, 521 et 538;—Cass., 26 avril 1808; D., vº Adoption, nº 217.

(2) Cass., 23 novembre 1847, Dal., 1847, 1, 368.

(3) *Voy.* dans Locré, Législ., t. 3, p. 277, la formule de l'acte d'adoption.

(4) Demolombe, nºs 105 et suiv.; Zach., t. 4, p. 11.

(5) Demolombe, nº 107; — Cass., 23 novembre 1847, Dev., 1848, 1, 58.

tion, ne met point obstacle à ce que les parties réitèrent leur demande : mais il faut alors recommencer toute la procédure, sans excepter même la déclaration devant le juge de paix (1).

L'adoption doit être inscrite sur les registres de l'état civil du lieu où l'adoptant est domicilié : si l'inscription avait eu lieu sur les registres du domicile de l'adopté, il y aurait nullité de l'adoption. Nous sommes ici en matière exceptionnelle; toutes les formalités prescrites sont de rigueur; or, l'article 359, 2e alinéa, attache la peine de nullité à l'inobservation de ces règles. (Montpellier, 19 avril 1842; Dal., no 163.)

360 — Si l'adoptant venait à mourir après que l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption a été reçu par le juge de paix *et* (2) porté devant les tribunaux, et avant que ceux-ci eussent définitivement prononcé, l'instruction sera continuée et l'adoption admise, s'il y a lieu.

Les héritiers de l'adoptant pourront, s'ils croient l'adoption inadmissible, remettre au procureur de la république tous mémoires et observations à ce sujet.

= La loi prévoit, dans cet article, le cas où l'adoptant viendrait à mourir après le contrat d'adoption, mais avant que les tribunaux eussent définitivement prononcé : elle considère l'acte passé devant le juge de paix comme une manifestation suffisante de volonté. — Il en serait ainsi, selon nous, lors même que l'acte n'aurait pas encore été remis au parquet. (*Voy.* p. 212.)

Cependant, comme il était à craindre que l'adoption ne fût le fruit de l'obsession ou de l'empire exercé sur un vieillard affaibli par la maladie, on a dû laisser aux héritiers de l'adoptant la faculté de se faire entendre : ils peuvent remettre au procureur de la république tous mémoires et observations qu'ils jugeront convenables, à l'effet d'établir que l'adoption est inadmissible (3).

— La loi prévoit le cas de prédécès de l'adoptant; mais que faudrait-il décider, si c'était l'adopté qui fût mort? Lorsque l'adopté a laissé des enfants, il n'existe point de motifs pour discontinuer la procédure; l'article 332 doit s'appliquer ici, attendu l'analogie : si l'on peut, en considération des enfants, conférer le bénéfice de la légitimité à un individu mort depuis longtemps, à plus forte raison doit-on pouvoir terminer une procédure commencée de son vivant, et poursuivre l'homologation d'un acte qu'il a librement et valablement consenti (4).

(1) Dur., no 303; — Lyon, 6 février 1833, Dev., 1833, 2, 214, Pal.

(2) La conjonction *et* porte quelques personnes à penser (Grenier, no 24; Dur., no 302; Malleville sur l'article 360) que le concours des deux circonstances est exigé pour que la procédure puisse être continuée; mais entendue en ce sens, la loi serait peu rationnelle : puisque l'acte peut être déposé au parquet sans le concours de l'adoptant, il doit importer fort peu que cette remise ait lieu avant ou après le décès de ce dernier. (Delv., p. 102, no 9; Zach., p. 17; Locré, Législ., t. 6, p. 547, art. 8.)

(3) Delv., p. 102, no 9; Proudhon, t. 2, p. 135; — Orléans, 17 juin 1842, D., *ibid.*, no 137.

(4) Zach., t. 4, p. 16; Valette sur Proudhon. *Voy.* cep. Demolombe, no 119; D., no 737.

Les parties, avons-nous dit, se trouvent liées par des engagements réciproques au moment où le contrat d'adoption est reçu par le juge de paix : — suit-il de là, que ce magistrat ait qualité pour exiger la preuve de l'accomplissement des conditions requises, si cette preuve ne lui est pas fournie; par exemple, si l'adoptant ne représente pas la preuve du consentement de son conjoint? ✓✓ Le juge de paix n'est ici, en quelque sorte, que le notaire des parties; il ne procède point comme juge, ni même comme officier de l'état civil : l'appréciation des circonstances qui peuvent s'opposer à l'adoption appartient au tribunal; à cet effet, les parties intéressées doivent adresser au ministère public tous mémoires et observations. (Demolombe, nº 112.)

L'adoption, une fois homologuée et inscrite sur les registres de l'état civil, est-elle susceptible d'annulation? ✓✓ D'une part, on raisonne ainsi : l'adoption a pris rang désormais parmi les actes de l'état civil, et ces actes sont de leur nature irrévocables. — Il ne s'agit ici ni d'un contrat, car le consentement suffirait; ni d'un jugement, puisque la décision des premiers juges est insuffisante pour la conférer; mais d'un acte solennel et perpétuel, d'un acte qui émane de l'autorité publique, auquel on donne la plus grande publicité. — La cour d'appel, qui l'a revêtu de son autorité, s'est trouvée investie d'un droit qui, à Rome, était du domaine du législateur; par conséquent, sa décision doit être, comme les lois, stable, et sans recours possible. — S'il fût entré dans la pensée des auteurs du Code d'admettre des causes d'annulation, ils s'en seraient expliqués; ils auraient pris soin de déterminer leur durée : or, la loi garde un silence absolu à cet égard.— Pourquoi donc se serait-elle montrée moins prévoyante pour l'adoption que pour le mariage? (Revue de droit français et étranger, 1846, p. 26-43.) ✓✓ Quoi qu'il en soit, l'opinion contraire est généralement enseignée : comment croire que le législateur ait voulu sacrifier sans recours, en matière d'adoption, l'intérêt des familles, alors qu'il venait d'entourer le mariage de toutes les précautions nécessaires pour éviter les fraudes et les surprises?—Comment admettre que l'adoption doive être maintenue, alors qu'il est démontré que l'on a trompé la justice par la production de pièces fausses, ou par la dissimulation de certains faits; par exemple, que l'adoptant a gardé le silence sur l'existence d'un enfant qu'il a eu en légitime mariage; que l'événement sur lequel on a fondé l'adoption rémunératoire est controuvé? —Les mots : *jugement et arrêt*, employés dans plusieurs articles pour caractériser l'homologation, démontrent suffisamment que les rédacteurs du Code n'ont pas entendu conférer aux tribunaux un mandat législatif, mais bien, au contraire, maintenir leur mission purement judiciaire.— Quant à l'intervention de la justice, en matière d'adoption, elle s'explique parfaitement, si l'on considère qu'il s'agit d'un acte de l'état civil, d'un acte qui doit créer des rapports de paternité et de filiation. — L'homologation du tribunal et celle de la cour ont pour but d'augmenter la solennité de cet acte et d'offrir des garanties aux familles (1).

Pour quelles causes la nullité de l'acte d'adoption peut-elle être prononcée? ✓✓ On enseigne généralement qu'elle doit être annulée, lorsque l'une des conditions requises a été négligée, soit du côté de l'adoptant, soit du côté de l'adopté; attendu qu'il s'agit d'une fiction de droit positif, qui n'a d'existence qu'autant que toutes les règles déterminées par la loi ont été observées. ✓✓ Cette théorie, bien que suivie dans la pratique (2), est trop absolue; toutes les conditions que la

(1) Demolombe, nº 186; Delv., p. 402, nº 8; Dur., nº 331; Merlin, Quest., vº Adoption, § 11, nº 1; Zach., p. 14; — Colmar, 28 juillet 1821; Cass., 22 novembre 1825, D., nºs 112, 222 et suiv.; 24 août 1831, Dev., 1831. 1, 321; Angers, 21 août 1839, Dev., 1839, 2, 401; Cass., 28 avril 1841, Dev., 1841. 1, 275; Tribunal de la Seine, 11 juin 1841, D., nº 99.

(2) Zach., t. 4, p. 12; Dur., t. 3, nº 329; Encyclop., vº Adoption, nº 82.

loi requiert ne sont pas également de rigueur: ainsi, l'art. 346 exige que l'adopté, majeur de 25 ans, requière le conseil de ses père et mère : est-ce là une condition essentielle? Peut-on admettre que l'inobservation des délais déterminés par les articles 354 et 357 vicierait l'acte, et qu'on pourrait se prévaloir de cette circonstance, quand même de longues années se seraient écoulées, quand même l'adoptant et l'adopté auraient en leur faveur une éclatante possession d'état? Comment croire que l'adoption doive être annulée par ce seul motif que l'adoptant ne jouissait pas d'une bonne réputation? Evidemment, de telles conséquences n'ont pu entrer dans la pensée du législateur.

Nous irons plus loin : parmi les causes de nullité que nous admettons, il faut établir une distinction : les unes, fondées sur un intérêt privé, doivent être purement relatives; telles sont celles qui ont pour cause le dol, l'erreur, la violence, le défaut de consentement des père et mère de l'adopté (art. 346) : ces nullités peuvent s'effacer (1109) par une confirmation expresse ou tacite, notamment par le silence gardé pendant 10 ans à partir de l'adoption consommée (temps fixé par les art. 1304 et 1115). (Zach., t. 4, p. 15; Demolombe, nos 203 et suiv.) — On a même proposé d'appliquer ici l'article 183, qui limite la durée de l'action en nullité à une année; mais cet article est exceptionnel. — Les autres, fondées sur l'intérêt de la société, constituent des nullités absolues: par exemple, il y aurait nullité absolue, si l'adoptant n'était pas Français; s'il était âgé, à l'époque de l'adoption, de moins de 50 ans accomplis; s'il avait des enfants légitimes; s'il n'existait point entre lui et l'adopté une différence de 15 ans au moins; s'il ne lui avait pas fourni des secours et donné des soins non interrompus pendant six ans au moins durant sa minorité; si l'adopté était son enfant naturel; enfin, si les règles de compétence et de forme n'avaient pas été observées. (Paris, 26 avril 1830, S., 1830, 2, 217.)

Quelles personnes peuvent proposer les nullités absolues? — Il faut avoir un intérêt né et actuel : cet intérêt est toujours né dans la personne de l'adoptant et de l'adopté; mais l'intérêt ne naîtra pour les héritiers ou pour les successeurs universels qu'au moment du décès de l'adoptant ou de l'adopté.—Il a été jugé que le seul intérêt de l'honneur et de la conservation du nom n'était point suffisant pour autoriser à demander la nullité d'un acte d'adoption du vivant de l'adoptant (1).

Les nullités absolues peuvent-elles se couvrir? — Il est de principe qu'elles sont perpétuelles et qu'elles ne peuvent s'effacer par la ratification. — Toutefois, nous ne parlons que de l'état même des personnes, des rapports juridiques créés par l'adoption ; les intérêts pécuniaires qui peuvent en dépendre sont aliénables et prescriptibles; sous ce rapport, l'action en nullité ne se prescrit que par 30 ans (2262), et les 30 ans courent du jour où l'adoption a été inscrite sur les registres de l'état civil. —Vainement dirait-on que l'adoption remontant, quant à ses effets, à l'époque du contrat passé devant le juge de paix, c'est de ce jour qu'il faut calculer les délais : nous répondrons par cette maxime : *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* — En cas de violence, le délai court du jour où elle a cessé; en cas d'erreur ou de dol, du jour où le fait a été découvert (arg. de l'art. 1304); en cas de décès de l'adoptant, ses héritiers n'ont que le délai qui reste pour que la prescription soit accomplie.

Par suite, nous déciderons que, si l'action en nullité appartient individuellement à quelques personnes seulement, le résultat du jugement ne peut être invoqué que par celles qui ont été parties en cause, et ne peut être opposé qu'à elles (2).

(1) Grenoble, 22 mars 1843, Dev., 1843, 2, 505.
(2) Zach., p. 15; — Cass., 22 novembre 1825, Dev. Pal.

Mais quelle voie doit-on suivre pour faire prononcer la nullité de l'adoption? ∽ Sur ce point, les opinions sont divisées :

La voie *d'opposition*, suivant Grenier, no 21; Locré, t. 4, p. 348 et 351, et Merlin, Quest., vo Adopt., § 11, no 3. ∽ On répond que cette voie suppose un jugement prononcé par défaut, ce qui n'a pas lieu dans l'espèce.

La voie de *tierce opposition* (474), selon d'autres auteurs. — Mais cette voie n'est ouverte qu'à ceux qui n'ont figuré dans l'instance ni par eux-mêmes, ni par ceux qu'ils représentent : or, les héritiers de l'adoptant, seules parties, en définitive, intéressées à faire tomber l'adoption, ont figuré à cet acte par leur auteur. — D'ailleurs, il ne s'agit réellement ici que d'un jugement d'homologation, d'un jugement rendu sur requête en matière de juridiction gracieuse : ce jugement s'identifie avec le contrat; par conséquent, c'est le contrat lui-même qui doit être attaqué comme nul : donc l'action est principale (1).

Admettrons-nous la *requête civile* (480 2o, p. 9)? ∽ Pour employer cette voie, le requérant devrait se fonder sur l'inobservation des formes prescrites *à peine de nullité :* or, le plus souvent, on alléguera l'incapacité où se trouvaient l'adoptant et l'adopté, auteurs de l'adoption; on dira, par exemple, que l'adoptant avait alors un enfant légitime, qu'il était marié, etc.; la requête civile, en matière d'adoption, serait sans objet.

Toullier, no 1019, décide qu'il faut employer la voie de recours direct en cassation, attendu que cette cour est seule compétente pour réformer un arrêt de cour d'appel. ∽ Assurément le recours est ouvert lorsqu'il y a nullité de forme; mais doit-il en être de même lorsque le contrat est vicié par toute autre cause? On peut alors opposer à Toullier les considérations suivantes : 1o nul n'est admis à se pourvoir en cassation contre un arrêt rendu dans une cause où il n'a pas été partie; 2o l'arrêt n'étant pas motivé, la cour ne statuerait que sur des allégations; ce qui excéderait ses pouvoirs, car elle n'est appelée à prononcer que sur des points de droit; 3o enfin le pourvoi doit être formé dans les trois mois de la signification de l'arrêt; or, l'adoption n'est pas signifiée, elle n'est connue que par l'inscription sur les registres (2).

Mais alors quel parti prendre? ∽ Suivant Merlin, Quest. no 3, et Grenier, no 22, il s'agit d'un acte de juridiction volontaire : or, ces actes peuvent être révoqués par le tribunal même qui les a faits, lorsqu'il est mieux informé; on procède devant lui par voie d'assignation. Les voies de recours ordinaires ou extraordinaires, disent-ils, ne sont ouvertes que contre les jugements ou arrêts rendus en matière contentieuse; mais l'homologation n'a point ce caractère, puisqu'il n'y a pas eu de contestation. La justice n'a eu d'autre mission que celle de vérifier si l'adoption réunissait les conditions requises par la loi, et de revêtir de son autorité l'acte dressé par le juge de paix. — Il est donc régulier de commencer par le premier degré de juridiction, puisque toute la procédure est viciée. Qu'on n'objecte pas qu'un tribunal de première instance réformera ainsi un arrêt de cour d'appel : la cour n'a pas statué sur les droits des parties; sa décision, fondée sur des considérations de morale, n'est point motivée; elle ne constitue, en réalité, qu'un avis : par conséquent, c'est le contrat même qui doit être attaqué comme nul : la demande suit alors la marche ordinaire; elle est susceptible d'appel, puis de recours en cassation (3). — Ainsi, suivant cette opinion, il faut procéder par voie d'assignation; elle nous semble fondée en droit et en raison.

(1) Delv., p. 102, no 8; Dur., no 330; — Nancy, 13 juin 1826; D., no 157.

(2) Dur., no 330; Zach., p. 15; — Cass., 17 mai 1814, 14 novembre 1815, 18 juillet 1816, Dev. Pal. — Dal., no 126, 153 et suiv., admet le premier motif et rejette les deux autres.

(3) Demolombe, nos 100 et suiv., 186 et suiv.; Dur., nos 329 et suiv.; Duvergier sur Toullier, t. 2, no 1019; Thémis, t. 7, p. 105; Demante, Progr., t. 1er, no 350; Zach., t. 4, p. 14; Delv.,

Quid si les héritiers de l'adoptant décédé ont remis des mémoires pour combattre l'adoption? ✓✓ Dalloz, nº 56, et Grenier, nº 22, admettent en ce cas le pourvoi, attendu que l'arrêt aurait été contradictoire. ✓✓ Mais cette considération est insuffisante ; les deux autres motifs subsistent.

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

La tutelle officieuse, inconnue dans notre ancien droit français, a été introduite par le Code civil comme un acheminement à l'adoption.

On désigne sous cette dénomination le contrat de bienfaisance par lequel une personne s'oblige à nourrir et élever gratuitement un mineur, à administrer la personne et les biens de ce mineur, à l'adopter lorsqu'il sera parvenu à sa majorité, ou à le mettre en état de gagner sa vie.

Il résulte de cette définition que l'on peut envisager la tutelle sous trois points de vue différents : 1° comme contrat de bienfaisance; 2° comme moyen préparatoire à l'adoption ; 3° comme tutelle.

Comme contrat de bienfaisance, puisqu'elle oblige tacitement celui qui s'en charge, à nourrir, élever et entretenir gratuitement son pupille;

Comme moyen préparatoire à l'adoption, puisque, après avoir été tuteur officieux pendant cinq ans, on peut adopter le pupille par testament; et d'ailleurs, les cinq années compteront dans les six années de soins que l'adoptant est tenu de donner à l'adopté, quand il s'agit de l'adoption ordinaire;

Enfin, on peut la considérer comme une véritable tutelle, puisque le tuteur prend l'administration des biens du pupille, puisque ses propres biens sont frappés d'hypothèque légale, puisqu'un subrogé tuteur est nommé. (*Voy.* Quest., art. 361.)

Quatre conditions sont requises du côté du tuteur officieux; il faut : 1° qu'il ait cinquante ans accomplis; — 2° qu'il n'ait ni enfants ni descendants légitimes (361); — 3° qu'il ait obtenu, s'il est marié, le consentement de son conjoint (362);—4° de plus, il doit être capable de la tutelle ordinaire (365) : cependant, les femmes qui, à l'exception de la mère et des ascendantes, sont déclarées incapables de la tutelle ordinaire, peuvent se charger d'une tutelle officieuse (361).

Quant au pupille, il faut : 1° qu'il soit âgé de moins de quinze ans (364) ; — 2° que les personnes sous la puissance desquelles il se trouve donnent leur consentement (361) ; — 3° qu'il ne soit pas soumis à une autre tutelle officieuse; car cette mesure est un acheminement à l'adop-

p. 102, nº 158; Valette sur Proudhon; D., nºs 222-228; Encyclop., vº Adoption, nºs 84 et suiv.; — Colmar, 28 juillet 1821, S., 1821, 2, 288; Paris, 26 avril 1830, S., 1830, 2, 217; D., nº 159; Angers, 21 août 1839, Dev., 1839, 2, 401; Nancy, 15 juin 1826, S., 1826, 2, 25; D., 1826, 2, 200; Cass., 22 novembre 1825, S., 1826, 1, 142; D., nº 159; 24 avril 1831; Dev., 1831, 1, 321; 16 mars 1843; Grenoble, 2 mars 1842, D., nº 160.

tion ; or, nul ne peut être adopté par plusieurs. — Mais rien ne s'oppose à ce que deux époux se rendent tuteurs officieux du même enfant (arg. de l'art. 344).

La forme consiste uniquement dans le procès-verbal, que dresse le juge de paix (du domicile du pupille et non du tuteur officieux), des demandes et consentements relatifs à la tutelle officieuse (363). —On ne recourt pas à l'homologation du tribunal ; car cela n'est pas requis pour la tutelle ordinaire.

La tutelle officieuse produit quatre effets principaux :

1° L'administration de la personne et des biens du pupille qui était antérieurement en tutelle, passe au tuteur officieux, lequel ne peut, néanmoins, imputer les frais d'éducation sur les revenus qu'il perçoit (365-370).

2° Elle impose au tuteur, comme nous l'avons déjà dit, sans préjudice des conditions particulières, l'obligation d'élever le pupille, de le nourrir jusqu'à sa majorité, et de le mettre en état de gagner sa vie (364). —En cas de décès du tuteur officieux, les héritiers sont eux-mêmes tenus de lui fournir des moyens de subsister, jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 21 ans accomplis (367). Sous ce rapport, elle est plus onéreuse que la tutelle ordinaire. — Le tuteur officieux est même assujetti à des charges qui ne sont point imposées aux père et mère ; car ceux-ci ne sont tenus des aliments qu'autant que leurs enfants sont dans le besoin.

3° Lorsque le pupille est parvenu à sa majorité, le tuteur peut l'adopter, en observant toutefois les formes voulues pour l'adoption (368).

Si le tuteur refuse de procéder à l'adoption, le pupille peut lui faire des réquisitions dans ce but, et, trois mois après, si elles ont été sans résultat, exiger une indemnité, à raison de l'incapacité où il se trouverait de se soutenir par son travail : — cette indemnité se résout en secours propres à lui procurer un métier ; le tout, sans préjudice de l'effet des stipulations particulières (art. 369, *Questions*).

4° Enfin, on accorde au tuteur officieux, en considération des charges qu'il s'est imposées, la faveur de pouvoir adopter, par testament, son pupille encore mineur, après cinq années de tutelle (366).

La tutelle officieuse diffère, sous plusieurs rapports, de la tutelle ordinaire :

1° Elle a toujours lieu volontairement ; tandis que l'on peut, en certains cas, être forcé d'accepter la tutelle ordinaire.

2° Elle oblige à supporter tous les frais d'éducation, sans pouvoir imputer ces frais sur les biens du pupille. — Dans la tutelle ordinaire, le tuteur n'est tenu de pourvoir à la subsistance et à l'éducation du pupille, qu'autant que les biens de ce dernier peuvent y suffire.

3° Enfin, les femmes (à l'exception de la mère et des ascendantes), bien qu'incapables de la tutelle ordinaire, peuvent se charger d'une tutelle officieuse (361 et 362 combinés).

Les effets de la tutelle officieuse, tels qu'ils sont déterminés par la loi, ne sont pas absolus à ce point qu'on ne puisse les modifier par des

conventions particulières : on n'observe, sous ce rapport, les règles du Code, qu'à défaut de stipulations particulières.

La tutelle officieuse ne fait cesser ni la puissance paternelle du père ou de la mère du mineur, ni les droits qui s'y trouvent attachés, en tant que l'exercice de ces droits peut être compatible avec la tutelle. par exemple, le père ou la mère conserve le droit de correction, celui de consentir au mariage du mineur, et l'usufruit légal (1).

La tutelle officieuse cesse par les mêmes causes que la tutelle ordinaire; notamment, par la mort du tuteur et par la majorité du pupille; sauf, cependant, l'effet des obligations imposées aux héritiers du ci-devant tuteur par les articles 367 et 369.

361 — Tout individu âgé de plus de cinquante ans, et sans enfants ni descendants légitimes, qui voudra, durant la minorité d'un individu, se l'attacher par un titre légal, pourra devenir son tuteur officieux en obtenant le consentement des père et mère de l'enfant, ou du survivant d'entre eux, ou, à leur défaut, d'un conseil de famille, ou enfin, si l'enfant n'a point de parents connus, en obtenant le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli, ou *de la municipalité* (2) du lieu de sa résidence.

= Comme l'adoptant, le tuteur officieux doit être âgé de plus de cinquante ans *accomplis;* il ne doit avoir ni enfants ni descendants légitimes, et, s'il est marié, il doit obtenir le consentement de son conjoint.

La tutelle officieuse n'étant qu'un acheminement à l'adoption, on peut s'étonner qu'elle ne soit permise qu'à celui qui est parvenu à sa cinquantième année; car il suit de là que le tuteur n'aura qu'à cinquante-six ans la faculté d'adopter son pupille (*voyez* article 345) : — mais le même motif qui a fait prolonger l'incapacité de l'adoptant jusqu'à cet âge, la crainte de détourner du mariage, se présente ici.

Le tuteur doit obtenir le consentement des père et mère de l'enfant ou du survivant, et, à leur défaut, celui du conseil de famille. — Ainsi, à défaut de père et mère, le consentement des ascendants ne suffit pas, comme dans le mariage; la loi exige le consentement de la famille : pourquoi cette différence? On a pensé que les ascendants, affaiblis par l'âge, pourraient donner légèrement leur consentement, afin de se décharger de l'obligation de nourrir et élever leurs descendants. — Si le mineur est sans parents connus, il faut le consentement des administrateurs de l'hospice où il a été recueilli; et s'il ne se trouve pas

(1) Proudhon, t. 2, p. 145; Delv., p. 104, n° 2; Toullier, n° 1029; Dur., t. 3, n° 339.

(2) C'est-à-dire du maire. — Quelques auteurs enseignent à tort que le conseil municipal doit être consulté. Il n'a pu entrer dans la pensée du législateur de soumettre le consentement dont il s'agit à cette solennité. D'ailleurs, le maire représente la municipalité considérée comme personne morale.

Cette mesure n'offre d'ailleurs qu'une garantie bien imparfaite, car la commune est intéressée à se débarrasser de l'enfant : il eût mieux valu recourir à un conseil de famille. (*V.* 407 et 409.)

dans un hospice, celui du maire du lieu de sa résidence.—Ce magistrat représente la *municipalité*, considérée comme personne morale (1).

Il résulte de ces mots : *tout individu*, et des termes de l'article suivant, que la tutelle officieuse n'est point, comme la tutelle ordinaire, interdite aux femmes. — D'ailleurs, ce contrat n'est qu'un acheminement à l'adoption ; or, les femmes peuvent adopter (2).

— Le tuteur officieux jouit-il des mêmes droits et se trouve-t-il soumis au même contrôle et aux mêmes obligations que le tuteur ordinaire? doit-on lui nommer un subrogé tuteur? ses biens sont-ils frappés d'hypothèque légale? ∽ Duranton, nos 340 et 341, et Dal., no 234, se prononcent d'une manière absolue pour la négative en ce qui touche le subrogé tuteur : il s'agit ici, disent-ils, d'une tutelle particulière, qui offre, par sa nature, de suffisantes garanties que les intérêts du pupille ne seront pas compromis.—La surveillance d'un subrogé tuteur paraîtrait incommode aux personnes disposées à former ce contrat, et pourrait les en détourner; — mais les biens sont frappés d'hypothèque légale, car l'article 2121 ne fait aucune distinction. ∽ Nous pensons que le tuteur officieux est soumis au même contrôle et aux mêmes obligations que le tuteur ordinaire, et qu'il y a lieu à la nomination d'un subrogé tuteur. — L'article 365 confère au tuteur officieux l'administration de la personne et des biens du mineur, s'il était précédemment en tutelle ; l'article 370 l'oblige à rendre compte de son administration ; — d'un autre côté, il résulte clairement de la discussion au conseil d'Etat que la tutelle officieuse doit être assimilée à une véritable tutelle, sauf cette différence, que le tuteur officieux ne peut imputer les dépenses d'éducation sur les revenus du pupille (*voy.* Fenet, p. 392) ; donc, il y a lieu de prendre les mêmes garanties (3).

La tutelle de la commission administrative d'un hospice sur l'enfant nature cesse par la tutelle officieuse; cela n'est pas douteux : mais revit-elle en cas de mort du tuteur? ∽ Il y a lieu, en ce cas, de nommer un tuteur et un subrogé tuteur. (Angers, 26 juin 1844, Dal., no 239.)

362 — Un époux ne peut devenir tuteur officieux qu'avec le consentement de l'autre conjoint.

= La tutelle officieuse impose des charges à l'époux tuteur ; elle introduit, en outre, dans la maison conjugale, des enfants étrangers à la famille.

363 — Le juge de paix du domicile de l'enfant dressera procès-verbal des demandes et consentements relatifs à la tutelle officieuse.

= Ainsi, ce n'est pas, comme dans l'adoption, le juge de paix du domicile de l'adoptant qui doit dresser l'acte : la tutelle officieuse est

(1) Loi du 28 pluviôse an VIII, art. 13 à 15; instruction criminelle, art. 620 ; loi du 18 juillet 1837, art. 9 et 14.

(2) Il est dû un droit fixe de 50 fr. pour les actes de tutelle officieuse. (L. 28 avril 1816, art. 48.)

(3) Zach., p. 30; Magnin, Des minorités, t. 1er, nos 351 et 352 ; Grenier, no 341, et t. 19, no 310; Dal., no 236.

une véritable tutelle; or, le juge de paix du domicile de l'enfant est seul compétent (406).

364 — Cette tutelle ne pourra avoir lieu qu'au profit d'enfants âgés de moins de quinze ans.

Elle emportera avec soi, sans préjudice de toutes stipulations particulières, l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever, de le mettre en état de gagner sa vie.

= La principale charge du tuteur officieux, est de pourvoir à l'éducation physique et morale du mineur; or, l'éducation d'un jeune homme, à quinze ans, est souvent terminée : les obligations du tuteur seraient donc nulles, si la tutelle officieuse pouvait avoir lieu lorsque l'enfant est parvenu à cet âge.

D'ailleurs, on veut qu'il ait pu recevoir, avant sa majorité, les six années de soins exigées pour l'adoption.

La tutelle officieuse emporte de plein droit l'obligation, à titre gratuit, de nourrir le mineur, de l'élever, de le mettre en état de gagner sa vie, c'est-à-dire, de lui procurer un métier, un art mécanique.

Là se bornent les obligations légales du tuteur; mais il peut s'imposer des engagements plus étendus : par exemple, on peut déterminer, dans l'acte, le genre d'éducation qui lui sera donné, la nature et le montant de l'indemnité qui lui sera due pour le cas où, parvenu à sa majorité, il ne serait pas en état de gagner sa vie, etc.

Observons toutefois que les libéralités sont réductibles à la portion disponible, si elles portent sur la réserve (913).

Nous disons *gratuitement*, car le tuteur officieux ne peut porter en dépenses les sommes qu'il a déboursées; il doit compte de tous les revenus des biens du mineur (365).

365 — Si le pupille a quelque bien, et s'il était antérieurement en tutelle, l'administration de ses biens (1), comme celle de sa personne, passera au tuteur officieux, qui ne pourra néanmoins imputer les dépenses de l'éducation sur les revenus du pupille.

= La loi devait cette preuve de confiance à celui qui s'engage à prendre soin d'un enfant sans fortune.

Toutefois, si l'enfant se trouvait sous la puissance de ses père et mère, nous pensons que l'administration de la personne, et même celle des biens, leur resterait; car il serait contradictoire d'enlever l'admi-

(1) Ces mots : *s'il était antérieurement en tutelle*, rendent mal la pensée de la loi : il est bien évident que le tuteur officieux prendrait l'administration des biens, lors même que l'enfant ne serait pas en tutelle.

nistration à ceux qui ont la jouissance. D'ailleurs, pour prononcer contre eux une telle déchéance, il faudrait un texte formel. — Cette doctrine a été critiquée : Proudhon (p. 230), notamment, décide que « la tutelle, même légale, s'efface devant la tutelle officieuse, et que l'enfant ne reste soumis à son père et à sa mère qu'en ce qui ne porte pas atteinte aux droits et aux obligations du tuteur officieux. » Mais ce serait aller jusqu'à détruire la puissance paternelle. — Dalloz, n° 235, cherche à concilier les deux sytèmes : « L'enfant, dit-il, reste soumis envers ses père et mère au devoir d'obéissance et de respect, notamment, à la nécessité d'obtenir leur consentement pour certains actes de la vie civile ; mais l'administration de la personne passe au tuteur officieux. » — Il nous paraît bien difficile d'établir des limites précises à cet égard ; nous ne voyons pas à quel titre le tuteur officieux inspirerait plus de confiance que le père et la mère ; pourquoi son autorité, purement civile, prévaudrait sur celle qui est fondée sur la nature.—Au surplus, ces difficultés ne se présenteront que rarement.

Quid, si le survivant se trouve dans un des cas exceptionnels où il n'y a pas de jouissance légale ? L'administration des biens passe alors au tuteur officieux (1).

Le tuteur officieux ne saurait, comme un tuteur ordinaire, imputer les dépenses d'éducation et d'entretien sur les revenus du pupille : il doit subvenir à ces sortes de dépenses sur ses biens propres ; autrement, cette tutelle n'aurait rien d'officieux. — Mais il peut fort bien imputer sur les revenus les frais d'administration des biens ; car la loi garde le silence à cet égard.

Appliquez ici les art. 450-468.

366 — Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus depuis la tutelle, et dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pupille, lui confère l'adoption par acte testamentaire, cette disposition sera valable, pourvu que le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes.

= L'adoption peut avoir lieu par un acte testamentaire quelconque, public, olographe ou mystique ; la loi ne distingue pas. — Il n'est pas même nécessaire que cet acte contienne des dispositions de biens ; l'acte est ici testamentaire sous le rapport de la forme.

Trois conditions sont exigées pour l'adoption testamentaire ; il faut : 1° cinq années de gestion, à la date du testament (*voy.* quest.) : si le testament avait été fait avant l'expiration de ce délai, l'adoption n'aurait pas lieu, quoique le tuteur fût mort après les cinq ans ; la loi veut que ce bienfait soit le résultat d'une affection éclairée. — C'est ainsi que le testament fait par un mineur âgé de moins de 16 ans serait toujours nul, bien que ce mineur fût mort en majorité (903) (2). —Nous sommes

(1) Dur., n° 339, t. 3; Demolombe, n° 235.

(2) Dur., n°s 304 et suiv., t. 3; Zach., t. 4, p. 26; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 200; Demolombe, n° 73; Thémis, t. 7, p. 149.

ici dans un cas exceptionnel ; or, la loi est absolue ; il faut observer à la rigueur toutes ses dispositions.

2° Que le tuteur officieux soit décédé avant la majorité du pupille : l'adoption testamentaire suppose qu'on n'a pu observer les règles de l'adoption ordinaire.

Quid si le tuteur est mort peu de jours seulement après la majorité du pupille ? Le testament sera maintenu, s'il est prouvé qu'on n'a pas eu le temps nécessaire pour passer un acte devant le juge de paix (353). Il s'agit d'une question de fait ; le juge appréciera les circonstances. (Demolombe, n° 95.)

3° Que le tuteur ne laisse ni enfants ni descendants légitimes : qu'il en ait eu à l'époque de la confection du testament ou depuis, cela importe peu : l'adoption ne se réalise que par le décès ; le testateur est censé avoir conféré l'adoption, pour le cas où ses enfants mourraient avant lui. — L'intérêt des enfants légitimes ne s'ouvrira qu'à la mort de leur auteur ; par conséquent, c'est à cette dernière époque seule qu'il faut s'attacher pour statuer sur la validité de l'adoption testamentaire. Il s'agit moins ici d'une question de capacité que d'une question de réserve et de disponibilité. — Nous trouvons dans l'art. 1049 une application de cette règle (1).

Du reste la loi ne prescrit aucune forme particulière pour l'adoption testamentaire ; de là nous concluons :

1° Qu'il n'est pas nécessaire d'en poursuivre l'homologation devant les tribunaux ; car il n'y a pas d'informations à prendre sur la moralité de l'adoptant. — D'ailleurs, à l'époque où nous place la loi, l'intérêt des héritiers a pris naissance : ils peuvent, en conséquence, librement critiquer le testament et le faire annuler, s'il est en dehors des conditions prescrites.

2° Que l'adoption testamentaire n'est point irrévocable, comme l'adoption ordinaire ; car elle n'a lieu qu'au profit d'un mineur incapable de s'obliger, et qui ne peut accepter la succession de l'adoptant que sous bénéfice d'inventaire (461). — La qualité de fils de telle ou telle personne est d'une haute gravité morale : elle peut froisser des convenances personnelles dont il convient de laisser l'appréciation à l'adopté parvenu à l'âge de la maturité. — Ces mots de l'article 368 : *si, à la majorité du pupille*, prouvent d'ailleurs que telle a été la pensée du législateur.

Dans cet état de choses, la personne qui exerce les droits du mineur acceptera ou répudiera provisoirement l'adoption conférée par le testateur décédé ; sauf la ratification de l'adopté, lorsqu'il sera parvenu à sa majorité : l'adoption, nous le répétons, ne peut avoir lieu malgré lui.

(1) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 202; Dur., n° 342, t. 3; Zach., t. 4, p. 27; Demolombe, n° 77; Thémis, t. 7, p. 152. — *Voy.* cep. Toullier, n° 1024, et Delv., p. 266, 1, 167. Ces auteurs décident que la survenance d'enfants légitimes annule ou révoque l'adoption testamentaire; mais évidemment ils ont été trop loin.

3° Que l'adoptant n'a pas besoin du consentement de son conjoint, comme pour l'adoption ordinaire ; car ce consentement lui a été donné au moment où il s'est chargé de la tutelle. D'ailleurs, le testament ne doit produire d'effet qu'après la dissolution du mariage.

La loi n'exige pas que l'adoption testamentaire et l'acte d'acceptation soient inscrits sur les registres de l'état civil : cependant, il paraît dans l'ordre que cette formalité soit observée ; car elle a pour but d'avertir les tiers du changement d'état de l'adopté, d'un changement de *nom*. — L'inscription s'opérera, sur le vu d'une expédition du testament ; toutefois, comme la loi garde le silence, il n'y aurait pas nullité si on l'avait omise (1).

— Est-il nécessaire que les cinq années de soins aient été données à l'époque de la confection du testament ? Dalloz, n° 242, et Fenet, décident que l'effet du testament se réalisant au jour du décès, il faut apprécier, à cette époque, la validité de l'acte ; jusqu'alors, dit-il, le testateur peut révoquer l'adoption testamentaire. Mais la plupart des auteurs se prononcent pour l'affirmative ; ils se fondent sur le texte de l'article 366, et sur cette considération, que c'est le testament qui confère l'adoption (2).

Nous n'admettons même pas que la survenance d'enfants puisse annuler ou révoquer le testament, toujours en ce qui concerne l'adoption. (*Voy.* cep. Dal., n°s 243 et suiv.)

367 — Dans le cas où le tuteur officieux mourrait soit avant les cinq ans, soit après ce temps, sans avoir adopté son pupille, il sera fourni à celui-ci, durant sa minorité, des moyens de subsister, dont la quotité et l'espèce, s'il n'y a été antérieurement pourvu par une convention formelle, seront réglées soit amiablement entre les représentants respectifs du tuteur et du pupille, soit judiciairement en cas de contestation.

= L'obligation contractée par le tuteur officieux peut être considérée sous deux points de vue : en tant qu'elle porte sur les soins qu'il doit au pupille ; en tant qu'elle est relative aux aliments. — Sous le premier rapport elle est personnelle au tuteur ; elle s'éteint par sa mort. — Sous le deuxième elle est réelle, et passe à ses héritiers.

En conséquence, si le tuteur officieux décède, le pupille peut, durant sa minorité, exiger de la succession des moyens de subsister ; mais il ne lui est dû que cela.

Dans le cas particulier qui nous occupe, quelques auteurs (entre autres Locré) décident que le pupille ne peut rien demander, s'il a des

(1) Proudhon, p. 209, t. 2; Zach., t. 4, p. 27; Demolombe, n° 126; Encyclop., n° 62; Delv., p. 101, n° 6; Dur., n° 306.

(2) Voyez note 2, p. 226.

biens personnels suffisants, ou si ses père et mère existent encore, à moins qu'ils ne soient entièrement dépourvus de fortune. Ces auteurs oublient que la dette alimentaire est ici d'une nature spéciale; qu'elle n'a pas sa cause dans le besoin du créancier, puisque l'art. 365 défend au tuteur officieux d'imputer les dépenses d'éducation sur les revenus du pupille; qu'il s'agit ici d'un acte de pure bienfaisance : ce sont là des charges de l'hérédité; par conséquent, elles doivent, sans distinction, passer aux héritiers et aux successeurs universels.

Si la nature et la quotité des secours que pourra exiger le mineur n'ont point été déterminées par le procès-verbal de tutelle officieuse, ces secours sont réglés amiablement entre les héritiers du tuteur et les représentants du pupille : en cas de contestation, le tribunal est appelé à prononcer. — Il se montrera plus large que dans le cas de l'art. 369, car il ne s'agit plus d'un individu majeur qui requiert l'adoption, mais d'un pupille qui débat ses intérêts contre des héritiers. Si le tuteur n'était pas mort, peut-être aurait-il adopté.

— Les biens du tuteur officieux sont-ils soumis à l'hypothèque légale, si le pupille a encore ses père et mère? ⁂ L'article 2121 n'admet aucune distinction (1).

Si le pupille a encore ses père et mère, doit-il être nommé un subrogé tuteur? ⁂ Cette mesure est inutile, dit Duranton, t. 3, nos 340 et 517, lorsque le pupille a encore ses père et mère; et dans tous les cas, la tutelle officieuse offre assez de garanties par elle-même. — D'ailleurs, le Code ne la prescrit pas. ⁂ On répond que le silence de la loi ne signifie rien; en effet elle ne s'explique pas davantage sur l'hypothèque légale; et cependant tous les auteurs admettent que les biens du tuteur officieux en sont grevés. — D'ailleurs, l'article 420 déclare que, *dans toute tutelle*, il y a un subrogé tuteur; or, la tutelle officieuse est une véritable tutelle (2).

Dans l'hypothèse prévue par l'article 367, les représentants du pupille sont-ils autorisés à transiger pour lui sans recourir aux formes judiciaires? ⁂ Nous accordons qu'un simple règlement, un règlement amiable, peut avoir lieu valablement avec les héritiers : mais, s'il y a lieu à *transaction* (ce qui suppose le cas où une contestation se serait élevée, par exemple sur l'interprétation de l'acte passé devant le juge de paix), il faut observer les formalités judiciaires. On ne peut priver le pupille des garanties ordinaires déterminées par les art. 467 et 2045. Les termes de l'article 367 ne consacrent pas une telle exception. (Demolombe, no 247.)

368 — Si, à la majorité du pupille, son tuteur officieux veut l'adopter, et que le premier y consente, il sera procédé à l'adoption selon les formes prescrites au chapitre précédent, et les effets en seront, en tout point, les mêmes.

= En supposant que le tuteur officieux vive jusqu'à la majorité de son pupille, quatre combinaisons peuvent se présenter au sujet de l'adoption : 1° les deux parties consentent à l'adoption; 2° le tuteur seul y

(1) Dur., no 341, t. 3, et 310, t. 19; Demolombe, no 236; Zach., t. 4, p. 30; Maguin, Minorités, no 552.

(2) Zach., t. 4, p. 30; Maguin, Minorités, no 552; Demolombe, nos 232 et 237 Toull no 1129 Delv., p. 115, no 5; Valette sur Proudhon.

consent; 3° ni l'un ni l'autre ne consentent; 4° le pupille requiert l'adoption et le tuteur ne consent pas. — Les trois premières hypothèses sont réglées par l'article 368, la quatrième par l'article 369.

Si le pupille, devenu majeur, consent à l'adoption que son tuteur officieux veut lui conférer, on observe, porte notre article, les formes prescrites au chapitre précédent: ainsi, l'exception disparaît; on retombe dans l'adoption ordinaire; la règle générale reprend son empire.

Bien que l'article 368 parle uniquement des formes, ne concluons pas que l'on soit dispensé des conditions intrinsèques requises pour l'adoption : le législateur s'est borné à parler des formes, parce que le doute n'aurait pu naître que sur ce point, vu l'article 366, qui trace un droit exceptionnel : il faudra toujours qu'il n'y ait pas d'enfant; que le conjoint de l'adoptant et les père et mère de l'adopté donnent leur consentement, etc. (arg. de l'article 344) (1).

Si les deux parties s'accordent pour ne point passer outre à l'adoption, ou si le pupille ne consent pas, il est évident que l'adoption ne peut avoir lieu : l'article 368 le décide implicitement.

369 — Si, dans les trois mois qui suivront la majorité du pupille, les réquisitions par lui faites à son tuteur officieux, à fin d'adoption, sont restées sans effet, et que le pupille ne se trouve point en état de gagner sa vie, le tuteur officieux pourra être condamné à indemniser le pupille de l'incapacité où celui-ci pourrait se trouver de pourvoir à sa subsistance.

Cette indemnité se résoudra en secours propres à lui procurer un métier, le tout sans préjudice des stipulations qui auraient pu avoir lieu dans la prévoyance de ce cas.

= Le pupille, devenu majeur, peut, dans les trois mois qui suivent sa majorité, faire à son tuteur des réquisitions à fin d'adoption, lorsqu'il se trouve encore dans l'impossibilité de pourvoir à ses besoins (2).

S'il a laissé passer ce délai sans agir, il est censé avoir renoncé à l'adoption, et n'a plus aucune indemnité à prétendre. (Voyez toutefois quest.)

Si les réquisitions qu'il a faites dans ce délai sont restées sans résultat, soit par le refus du tuteur, soit même par suite de l'impossibilité où il se trouverait d'adopter; par exemple, à raison de la survenance d'un enfant ou du refus du conjoint de consentir à l'adoption, le tuteur peut être condamné à lui payer une indemnité. (Demolombe, n° 252; Locré, t. 6, p. 593.)

Cette indemnité se résout en secours propres à lui procurer un métier, quelque distinguée que soit l'éducation qui lui ait été donnée; le tout, sans préjudice des stipulations qui pourraient avoir eu lieu *dans*

(1) Zach., p. 32. *Voy.* cep. Grenier, n° 33.

(2) Ces réquisitions se font par le ministère d'un notaire.

la prévoyance de ce cas : ce qui ne veut pas dire que l'indemnité sera due indépendamment de celle qui aurait été stipulée ; mais que, si le tuteur s'est engagé à payer, par exemple, une pension viagère supérieure aux secours que le pupille aurait pu exiger, la convention recevra son effet.

Au surplus, cette condamnation ne sera pas prononcée par cela seul que le tuteur officieux n'adoptera pas le pupille ; la loi dit qu'il *pourra* être condamné : les tribunaux sont donc appelés à apprécier les circonstances ; il est possible que, par suite de sa mauvaise conduite ou de sa paresse, le pupille se soit rendu à la fois incapable d'exercer une profession et indigne d'être adopté ; que le tuteur, riche au moment où il a pris la tutelle, se trouve actuellement hors d'état de faire aucun sacrifice, etc. (1).

— Le délai de trois mois, accordé au pupille pour réclamer, est-il fatal ? ⁂ Plusieurs auteurs se prononcent pour la négative : il faut, disent-ils, entendre l'art. 369 en ce sens, qu'après le délai de trois mois écoulés depuis la majorité du pupille, le tuteur est passible d'une indemnité, à quelque époque que soient faites les réquisitions à fin d'adoption, s'il n'a pas mis l'enfant en état de gagner sa vie.—Le pupille qui, par ménagement pour son tuteur, n'a pas provoqué, de la part de ce dernier, une détermination immédiate, ne doit pas être traité plus défavorablement que celui qui a manifesté une impatience irrespectueuse. — L'action du pupille dure 30 ans, suivant le droit commun (art. 2262) (2). ⁂ Nous sommes néanmoins disposé à penser que le silence du pupille pendant le délai de trois mois, déterminé par l'article 369, emporte renonciation tacite à l'adoption, et cela sans aucune indemnité pour lui. — Ces termes de la loi : *si, dans les trois mois qui suivront la majorité du pupille, les réquisitions par lui faites*, etc., sont précis, et la discussion au conseil d'Etat démontre que telle a été la pensée du législateur : en effet, Cambacérès s'exprimait ainsi dans la séance du 18 frimaire an II : « On a pensé qu'alors il était dû à cet enfant non un etat, mais un métier, » et que, si les parties ne s'accordaient pas, les tribunaux deviendraient arbitres » de l'indemnité. — Il faut, au surplus, que l'action résultant de cette obligation » se prescrive par un laps de temps fort court (3). »

Le legs fait au pupille par le tuteur officieux doit-il entrer en compensation de l'obligation qu'il s'est imposée par l'acte de tutelle ? ⁂ On a jugé la négative par argument de l'article 1023, lequel porte : que le legs fait au créancier n'est pas censé fait en compensation de sa créance. (Nancy, 4 août 1829, S., 1829, 2, 287.) ⁂ Mais évidemment il s'agit seulement ici d'une question de fait et d'interprétation de volonté. (Demolombe, no 246 ; Cass. 24 août 1831, Dev., 1831, 1, 321.)

370 — Le tuteur officieux qui aurait eu l'administration de quelques biens pupillaires en devra rendre compte dans tous les cas.

= Cet article est une suite de l'article 365 : puisque le tuteur officieux

(1) Delv., p. 105, no 3 ; Proudhon-Valette, t. 2, p. 148 ; Toullier, no 1036 ; Favard, Rép., v° Tutelle officieuse, § 8.

(2) Duvergier sur Toullier, t. 2, no 1035, note *a;* Valette sur Proudhon, t. 1, p. 232, note *a;* D., v° Adoption, no 251; Dal,, no 251.

(3) Proudhon-Valette, t. 1er, p. 232; Toullier, t. 2, nos 1032 et 1035; Zach., t. 4, p. 31 ; Demolombe, no 250; Delv., p. 105, no 1.

joint à cette qualité celle de tuteur ordinaire, il doit, à la fin de son administration, rendre compte de tous les biens du pupille, en capital et intérêts, soit qu'il adopte, soit qu'il n'adopte pas.

— Le tuteur qui refuse d'adopter le pupille devenu majeur lui doit-il une indemnité, s'il n'est pas en état de gagner sa vie, et ce lors même qu'il a des biens suffisants pour subvenir à ses besoins? ∽ D'une part, on dit que le tuteur n'a contracté d'autre obligation que celle de mettre le pupille en état de gagner sa vie, c'est-à-dire, de le mettre à l'abri du besoin, et que dès le moment où il a des biens personnels suffisants, cette obligation devient nécessairement insignifiante; qu'il s'agit, au surplus, d'une pure question de fait, livrée à l'appréciation souveraine des tribunaux (Demolombe, nº 250). ∽ On répond que le tuteur s'est imposé d'une manière absolue l'obligation dont il s'agit, sans excepter le cas où le pupille se trouverait avoir des biens personnels. (Malleville sur l'article 369; Zach., t. 4, p. 32, nº 11. *Voy.* p. 229.)

RÉSUMÉ DU TITRE VIII.

SECTION PREMIÈRE.

De l'adoption et de ses effets.

On distingue trois espèces d'adoption : l'adoption ordinaire, l'adoption rémunératoire et l'adoption testamentaire. (*V.* p. 186.)

Pour l'adoption ordinaire, sept conditions sont requises du côté de l'adoptant, et cinq du côté de l'adopté. (P. 187.)

L'adoption rémunératoire est dispensée de trois des conditions requises pour l'adoption ordinaire; elle est soumise à toutes les autres. (P. 188.)

L'adoption ordinaire et l'adoption rémunératoire sont soumises aux mêmes formes.

L'adoption testamentaire est également affranchie de certaines conditions requises pour l'adoption ordinaire. (P. 188.) — Elle n'est permise qu'au tuteur officieux qui décède pendant la minorité de l'enfant, et avant d'avoir pu lui conférer l'adoption ordinaire (p. 188), laquelle n'est possible que pour un enfant majeur.

Gardons-nous de prendre à la lettre ce brocard : *L'adoption imite la nature;* il est inexact (p. 188), et peut entraîner des conséquences dangereuses. (P. 201.)

Questions. — L'adoption est interdite à celui qui a un enfant absent; néanmoins, si le contrat avait été homologué, on le respecterait. (P. 191.)

L'enfant naturel reconnu, et, *à fortiori*, l'enfant adultérin ou incestueux, ne peut être adopté par ses père et mère. (P. 191 et 194.)

L'interdiction légale ou judiciaire n'est point un empêchement à l'adoption. (P. 194.)

L'adoption est de pur droit civil ; un étranger ne peut adopter ni être adopté. (P. 195.)

Un prêtre catholique peut adopter. (P. 195.)

Pour qu'il y ait lieu à l'adoption rémunératoire, il faut que l'adopté ait exposé sa vie pour sauver celle de l'adoptant, et qu'il ait agi par un pur sentiment de générosité. (P. 198.)

L'adoptant doit, pour adopter, obtenir le consentement de son conjoint, lors même qu'il est séparé de corps. (P. 197.)

La question de savoir si l'on peut comprendre les années de tutelle dans les six années de soins que l'adoptant est tenu d'avoir donné à l'adopté, dépend de la nature des services rendus. (P. 198.)

Parmi les conditions requises pour être adopté, quelques-unes ont de l'analogie avec celles que la loi réquiert pour le mariage; mais il existe aussi de notables différences. (P. 199; art. 346.)

Question. — La femme ne peut se donner en adoption sans le consentement de son mari ; le mari n'est pas tenu d'obtenir le consentement de sa femme. (P. 199.)

L'adoption crée entre l'adoptant et l'adopté des rapports civils de paternité et de filiation ; elle leur confère des droits et leur impose des devoirs réciproques. (P. 189 et 200.)

Elle produit, ainsi que nous l'avons vu, sept effets principaux. On remarque les suivants :

1° L'adopté ajoute à son nom de famille celui de l'adoptant; par conséquent, si la femme qui adopte est mariée, c'est son nom de fille et non celui de son mari que prend l'adopté. (347.)

2° Certains empêchements au mariage, à raison de la parenté légitime, sont étendus à la parenté fictive résultant de l'adoption (348). — Toutefois, on ne saurait conclure de cette formule banale : *Adoptio imitatur naturam*, que le mariage étant prohibé entre les enfants adoptifs du même individu, la même personne ne pourrait adopter deux époux. (P. 201.)

Au reste, les empêchements dont nous parlons ne sont que prohibitifs. (P. 202.)

Il est bien entendu que l'adopté ne sort pas de sa famille naturelle.

3° L'adoptant et l'adopté sont réciproquement soumis à l'obligation de se fournir des aliments (349). — Toutefois, cette obligation ne leur est imposée que subsidiairement, c'est-à-dire qu'autant qu'il n'existe ni descendants ni ascendants en état d'en fournir (349).

4° L'adopté a sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que les enfants légitimes ; comme eux, il a une réserve (350).

Nous parlons seulement des droits de succession; il s'en faut que, sous d'autres rapports, leur position soit identique. (P. 203.)

L'adopté n'acquiert aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant.

Questions. — L'adopté n'est pas soumis à l'autorité de l'adoptant, quant au mariage. (P. 203.)

L'adoption ne produit pas d'alliance proprement dite entre l'adoptant et l'adopté. (P. 204.)

Les parents de l'adopté et ceux de l'adoptant demeurent étrangers les uns aux autres : l'obligation alimentaire n'existe même pas entre l'adoptant et les descendants de l'adopté. (P. 204.)

Les descendants de l'adopté ne peuvent, même par représentation de leur auteur, venir à la succession de l'adoptant. (P. 205.)

5° Enfin, une sorte de droit de succession appelé improprement retour légal est conféré, en certains cas et sous certaines conditions, soit à l'adoptant, soit à ses descendants. (*Voy.* p. 189 et 207.)

Questions. — Le droit de retour ne s'exerce pas sur les objets légués. (P. 207.)

Si l'adopté adopte lui-même un enfant, l'existence de cet enfant ne met obstacle ni au retour conventionnel, ni même au retour légal (207 et 208).

L'adoption n'opère pas la révocation des donations entre-vifs qui ont été faites à l'adopté par l'adoptant (208).

L'enfant adoptif de l'adoptant ne jouit pas du bénéfice de l'article 351 (208).

Il peut invoquer, comme les enfants légitimes, le bénéfice de l'article 1098 (208),

L'adoptant ou ses descendants succèdent non-seulement aux biens qui se retrouvent en nature dans la succession de l'adopté, mais encore aux actions en reprise et au droit d'exiger le prix. (P. 208.)

La réserve de l'enfant adoptif s'exerce indistinctement sur les legs, sur les donations entre-vifs et sur les institutions contractuelles : sa position est la même que celle de l'enfant légitime. (P. 209.)

SECTION II.

Des formes de l'adoption.

L'adoption *entre-vifs* (soit ordinaire, soit rémunératoire) est un contrat dont le juge de paix a mission spéciale de dresser acte; cet acte doit être soumis à la justice et notifié à la société.

Mais le principe de l'adoption se trouve dans l'acte constatant le consentement respectif des parties, dressé par le juge de paix. (P. 211.) Le juge de paix compétent est celui du domicile de l'adoptant (art. 353). P. 212.)

L'adoption est soumise à cinq formalités essentielles. (P. 210.) La maxime : *Forma dat esse rei*, reçoit ici une application rigoureuse. (P. 211.)

Questions. — Le juge de paix n'a pas qualité pour exiger la preuve des conditions intrinsèques requises pour l'adoption. Ce serait là empiéter sur le domaine des tribunaux : il est, comme le notaire, greffier des parties. (P. 218.)

L'adoptant et l'adopté peuvent se faire représenter par un fondé de pouvoir. (P. 213.)

L'acte doit être soumis, dans les dix jours suivants, à l'homologation du tribunal (art. 354).

Question. — Le délai de dix jours est de rigueur. (P. 213.)

Le tribunal, réuni dans la chambre du conseil, et sur les conclusions du ministère public, rend son jugement en ces termes, sans énoncer de motifs : « *Il y a lieu, ou il n'y a pas lieu à l'adoption.* » (355 et 356). (P. 213 et 214.)

Dans le mois de sa date, ce jugement doit être soumis à la cour d'appel. La cour instruit dans les mêmes formes que le tribunal de première instance; elle prononce également, sans donner de motifs : *Le jugement est confirmé, ou infirmé; en conséquence, etc.* (art. 357). (P. 214.)

Toutefois, l'arrêt confirmatif doit être prononcé à l'audience et recevoir la plus grande publicité (art. 358). (P. 214.)

Les pièces sont remises au procureur de la république, pour obtenir l'homologation du tribunal, et au procureur général, pour obtenir la décision de la cour.

Questions. — Bien que les premiers juges n'aient pas été d'avis de l'adoption, les parties peuvent aller en cour d'appel. (P. 215.)

Le délai d'un mois est de rigueur. (P. 215.)

L'arrêt confirmatif peut être prononcé en audience ordinaire. (P. 215.)

Dans les trois mois qui suivent cet arrêt, l'adoption doit être inscrite sur les registres de l'état civil, comme le serait un acte de naissance. — Ce délai est de rigueur.

La loi ne dit pas quelles pièces doivent être inscrites : le mieux est de dresser un procès-verbal et de faire opérer la transcription. — Le juge est appréciateur des causes de nullité.

En cas de mort de l'adoptant après le contrat passé devant le juge de paix, la procédure ne continue pas moins, sauf à ses héritiers à remettre au parquet tous mémoires et observations à ce sujet. (Art. 360.)

Questions. — En cas de prédécès de l'adopté, la procédure continue contre ses héritiers. (P. 217.)

Tant que l'adoption n'a pas été inscrite sur les registres

de l'état civil, les parties intéressées peuvent, d'un commun accord, se départir de leurs conventions; mais, une fois cette formalité accomplie, elles n'ont plus cette faculté: l'adoption ne pourrait être révoquée, même pour ingratitude de l'adopté; mais elle peut être annulée pour omission des conditions légales requises pour sa validité.

L'adoption peut être annulée, bien qu'elle ait été inscrite sur les registres, mais sous certaines distinctions. (P. 218.)

Parmi les nullités, les unes sont purement relatives, les autres sont absolues : les premières peuvent s'effacer par une ratification soit expresse, soit tacite;—les autres sont perpétuelles; elles ne peuvent se couvrir; toutes parties intéressées sont fondées à les invoquer. (P. 219.)

Quant aux intérêts pécuniaires attachés à l'état de la personne, ils se prescrivent par trente ans à partir de l'inscription sur les registres de l'état civil. (P. 219.)

La nullité doit être proposée par voie d'assignation devant le tribunal de première instance qui a homologué l'adoption. (P. 220.)

L'adoption testamentaire émane du tuteur officieux; elle ne produit d'effet au profit de l'adopté qu'au moment de la mort du testateur : alors seulement, les représentants de l'enfant acceptent en son nom, mais provisoirement, et sauf à lui, lorsqu'il est parvenu à sa majorité, à la refuser.

La loi ne prescrit pour l'adoption testamentaire aucune forme spéciale (366); il suffit que le testament soit régulier. (P. 188 et 211.)

Question. — Pour la validité de l'adoption testamentaire, il faut que les cinq années de soins aient été données à l'adopté au moment de la confection du testament. (P. 228.)

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE. (Art. 361-370.)

La tutelle officieuse peut être considérée sous trois principaux rapports : comme contrat de bienfaisance, comme moyen préparatoire à l'adoption, comme tutelle. (P. 221.)

Cinq conditions intrinsèques sont requises pour sa validité du côté de l'adoptant, et trois du côté de l'adopté. (Art. 361-364. *Voyez* aussi p. 221.)

Quant à la forme, elle consiste uniquement dans le procès-verbal dressé par le juge de paix, du consentement respectif des parties. (Art. 363.)

La tutelle officieuse produit quatre effets principaux. (P. 222 ; ar-

ticles 365 et 370.) — Elle impose notamment au tuteur l'obligation : 1° de nourrir et entretenir le pupille ; 2° de le mettre en état de subvenir à ses besoins, en lui procurant une profession, ou de l'adopter à sa majorité.

Le mineur peut, dans les trois mois de sa majorité, faire à son tuteur des réquisitions à fin d'adoption, s'il ne se trouve pas en état de gagner sa vie.

Ce délai est fatal. (P. 231.)

Nous avons vu, en outre (p. 186 et 188, et art. 366), que la tutelle officieuse procure au tuteur la faculté d'adopter son pupille par testament, mais sous certaines conditions.

Questions. — Comme le tuteur ordinaire, le tuteur officieux est soumis à la surveillance d'un subrogé tuteur et d'un conseil de famille ; ses biens sont frappés d'hypothèque légale. (P. 224 et 229.)

La tutelle de la commission administrative des hospices prend fin par la tutelle ordinaire ; elle ne revit point par la mort du tuteur.

La tutelle officieuse cesse par les mêmes causes que la tutelle ordinaire. — Le tuteur ou ses héritiers sont comptables des biens dont le tuteur a eu l'administration. (P. 223 ; art. 370.)

Questions. — La question de savoir si le legs fait au pupille par le tuteur officieux entre en compensation avec l'obligation qu'il s'est imposée, est une affaire d'interprétation. (P. 231.)

Le tuteur officieux qui refuse d'adopter son pupille lui doit une indemnité, quoiqu'il ait des biens personnels. (P. 232.)

TITRE IX.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

HISTORIQUE.

La puissance paternelle dérive du droit naturel ; mais on considère cette institution comme du droit positif, à raison des règles dont le législateur l'a entourée.

A Rome, elle était exclusivement propre aux citoyens romains ; la puissance du père de famille s'étendait sur tous ses descendants, quel que fût leur âge, à moins qu'il ne les eût émancipés ou donnés en adoption. Investi d'une autorité despotique, il pouvait les vendre et même les mettre à mort.— Quant aux biens, on tenait pour règle que tout ce qui était acquis par le fils appartenait au père, suivant cette maxime : *Quidquid ex mea re venit, meum est.*

L'adoucissement des mœurs amena des modifications à ces règles. En ce qui concernait la personne, on admit la maxime : *Patria potestas in pietate debet non in atrocitate consistere*, l. 5, ff. *De lege Pompeia de parricidiis* ; et quant aux biens, on introduisit successivement quatre sortes de pécules : le pécule *castrense*, *quasi castrense*, *adventice* et *profectice.*

Dans nos pays de droit écrit, la législation de Justinien sur ce point fut observée pendant quelque temps dans toute la France, sauf quelques changements résultant des usages locaux : ainsi, en ce qui concernait la personne, les enfants restaient fils de famille jusqu'à la mort de leur père, à moins qu'ils n'eussent été émancipés.—On admettait en Bourgogne que l'émancipation serait non seulement expresse, mais encore tacite : elle s'opérait tacitement dans les cas suivants :

1° Par le mariage contracté avec le consentement du père ;

2° Par la nomination de l'enfant à certaines fonctions publiques ;

3° Lorsque le fils avait tenu ménage, c'est-à-dire *avait eu feu et lieu* de son chef, hors de la maison paternelle, pendant un certain temps qui variait suivant les localités.

Quant aux biens, le père en avait seulement l'usufruit. Ceux que le fils avait acquis à la guerre, au barreau, ou dans la profession ecclésiastique, étaient même exceptés. C'était là une sorte de pécule *castrense* ou *quasi castrense* dont il avait la pleine et libre disposition.

Insensiblement, la coutume finit par prévaloir dans un grand nombre de provinces, notamment à Paris : on tint pour maxime que *la puissance paternelle n'avait pas lieu dans les pays coutumiers;* ce qui ne voulait pas dire que les père et mère étaient privés de toute autorité sur leurs enfants, mais qu'on ne suivait pas la loi romaine. — La puissance paternelle fut considérée comme une conséquence de l'obligation imposée aux père et mère d'élever leurs enfants, comme un moyen d'atteindre ce but.

Cette puissance était conférée à la mère aussi bien qu'au père ; mais le père seul l'exerçait pendant la durée du mariage.

Elle cessait lorsque les enfants avaient atteint leur 25e année, et même avant cet âge, par le mariage ou par l'émancipation. (Pothier, Traité des personnes, part. 1re, t. 6, sect. 2.)

Les pouvoirs des père et mère n'étaient guère plus étendus que ceux des tuteurs ; ils avaient pour unique objet l'administration de la personne et des biens, à charge de rendre compte des revenus.

Néanmoins, dans presque toutes les coutumes, le survivant jouissait, en vertu de la garde noble, des biens que l'enfant avait recueillis dans la succession du prémourant.

Telles étaient les règles suivies en France, lorsque la révolution de 1789 éclata : des réformes furent alors introduites par la législation intermédiaire ; un décret du 28 août 1792, notamment, dépassant toutes mesures, déclara que les majeurs ne seraient plus soumis à la puissance paternelle.

Les auteurs du Code civil ont rendu à cette autorité son véritable caractère ; et en cela ils ont satisfait à l'*intérêt des enfants*, car il faut à la faiblesse un protecteur ; à l'intérêt des père et mère, car on leur doit honneur et respect ; à l'intérêt de l'Etat, car le bon ordre des familles est une des principales garanties de l'ordre social.

Toutefois, afin d'écarter toute idée de retour à la législation romaine, ils ont substitué, dans plusieurs articles du Code relatifs à cette matière, le mot *autorité* au mot *puissance*. — Cette dernière expression n'a été maintenue dans la rubrique du titre que par inadvertance ; car on avait même demandé que la loi fût intitulée : *De l'autorité des père et mère*. (*V*. discuss. au conseil d'État, séance du 26 frimaire an XII.)

L'expression *puissance paternelle*, dans son acception la plus générale, comprend cet ordre de droits et de devoirs qui dérivent des qualités d'ascendant et de descendant ; elle s'applique non-seulement à l'autorité des père et mère, mais encore à celle des aïeux. La loi ne lui assigne pour terme que la mort des ascendants et des enfants.

Les dispositions relatives à la puissance paternelle (*lato sensu*) sont éparses dans plusieurs titres du Code. (*Voy*. notamment les art. 205, 746-749, 915-935 C. civ.) Un membre du conseil d'État avait proposé d'en former un titre particulier ; mais M. Réal fit observer que, presque toutes les matières ayant entre elles de la connexité, il fallait se borner à comprendre dans le titre 9 les règles qui ne pouvaient trouver place ailleurs : cette proposition fut rejetée. (Locré, Législ. civ., t. 7, p. 19.)

Dans un sens plus restreint, et spécialement dans celui qui convient à l'intitulé de ce titre, *la puissance paternelle est l'autorité que la loi accorde au père et à la mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs et non émancipés.*

Nous disons aux *père* et *mère*, parce que la puissance paternelle proprement dite, c'est-à-dire le pouvoir de *direction* et le droit de *jouissance*, n'est pas étendue aux aïeux et aïeules : assurément, ils exercent, à défaut des père et mère, quelques droits qui semblent dériver de l'autorité paternelle : par exemple, ils sont appelés à donner leur consentement en certains cas, lorsque l'enfant veut se marier (148-153), se donner en adoption (346), ou lorsqu'il doit être remis aux soins d'un tuteur officieux (361) ; mais ce sont là des règles spéciales fondées principalement sur l'intérêt de l'enfant et sur le bon ordre des familles : il ne s'agit ici, nous le répétons, que d'un droit propre aux père et mère.

On remarque, d'un autre côté, que le titre 9 n'est pas complet : nous verrons en effet que le titre de la tutelle renferme plusieurs dispositions

qui se rattachent évidemment à la puissance paternelle. (*Voy.* entre autres les articles 389, 390, 397 et 477.)

Les droits que confère l'autorité paternelle sont plus ou moins étendus, suivant que les enfants sont *mineurs*, *majeurs* ou *mineurs émancipés*.

Après la majorité ou l'émancipation de l'enfant, cette puissance ne se manifeste plus que par des conseils : si l'on a cru devoir prolonger jusqu'à l'âge de 25 ans l'incapacité de l'homme, lorsqu'il s'agit du mariage ou de l'adoption, et celle de la femme, en cas d'adoption, ce n'est qu'à raison de l'importance de ces sortes d'actes. — On suppose, dans le titre qui nous occupe, que les enfants sont mineurs non émancipés : eux seuls sont soumis à la puissance paternelle proprement dite.

De la puissance paternelle en ce qui concerne la personne des enfants légitimes.

La puissance paternelle est commune au père et à la mère (371 et 372); mais, durant le mariage, le mari, comme chef, en a l'exercice exclusif (973).

La puissance paternelle attribue aux père et mère quatre sortes de droits :

1° Le droit d'éducation (371-374); ce qui emporte l'obligation de veiller sur la personne de l'enfant, de le mettre en état de gagner sa vie, ou de lui donner une instruction en rapport avec sa fortune;

2° Le droit de correction (375-382);

3° Le droit de jouissance, improprement appelé *usufruit paternel* (384-387);

4° Le droit d'administration des biens (389). Nous renvoyons au titre de la tutelle nos observations sur ce dernier point.

Droit d'éducation.

371 — L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère (1).

= Ce précepte est fondé sur la nature et sur la morale : on a pensé qu'il devait précéder des dispositions relatives à une autorité temporaire, afin de rappeler sans cesse aux enfants que, si la loi les affranchit à un certain âge de l'autorité de leurs père et mère, il n'est point de moment de la vie, point de circonstances où ils ne leur doivent honneur et respect.

C'est là une sorte de prémisse analogue à la maxime qui se trouve

(1) *Honora patrem tuum et matrem ut longo vivas tempore.* Deutéronome (chap. 5, vers. 16.)

dans l'article 212. — Le législateur a pris soin d'en déduire les conséquences juridiques :

Ainsi, l'enfant ne pourrait obtenir, ni même exercer, comme cessionnaire de la créance d'un tiers, contre ses père et mère, une condamnation emportant contrainte par corps (1). — D'ailleurs, l'emploi de ce moyen rigoureux, entre personnes aussi étroitement liées, serait un scandale.

Mais n'exagérons pas la portée de notre article : ce serait une erreur de croire que les tribunaux pussent régler discrétionnairement les rapports juridiques de père à fils : les enfants conservent (cela n'est pas douteux) la faculté d'user des droits qui ne leur sont pas formellement interdits : par exemple, ils peuvent saisir les biens de leurs père et mère; réclamer la protection de la justice s'ils ont été victimes de mauvais traitements ou d'actes odieux (334, 335 C. pén.), et même exiger des réparations civiles, à raison des abus d'autorité dont ils ont été victimes (380 C. pén.) (2). — Le principe religieux et moral, tutélaire des familles, proclamé par l'article 371, ne saurait présenter une sauvegarde aux père et mère coupables envers leur enfant de quelque méfait.—Les tribunaux doivent donc appliquer ce principe avec réserve et discernement (3).

L'art. 371 ne parle que des père et mère, parce qu'il s'agit uniquement de la puissance paternelle proprement dite; autorité qui leur appartient exclusivement : mais il est bien évident que les ascendants d'un degré supérieur ont droit au même respect et aux mêmes honneurs (4).

372 — Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

= La puissance paternelle est absolue sur les enfants mineurs non émancipés ; elle est accordée à la mère comme au père : la loi devait conférer des droits égaux à ceux auxquels la nature impose une égalité de peines, de soins et d'affections. — L'enfant qui veut contracter mariage ou se donner en adoption doit, en conséquence, demander le consentement de l'un et de l'autre, notifier des actes respectueux à chacun d'eux, etc.

Les père et mère tiennent leur droit de la loi ; ils ne peuvent donc en être dépouillés que par un texte formel : or, les art. 334 et 335 C. pén. sont les seuls qui proclament textuellement cette déchéance.

La mère survivante elle-même conserve la puissance paternelle,

(1) Art 19 de la loi du 17 avril 1832; — Bastia, 31 août 1825, Dev. Pal.

(2) Demolombe, nº 275; Valette sur Proudhon, nº 277; — Cass., 16 décembre 1829, D., 1830, 1, 8, Pal. Dev.

(3) Proudhon interdit d'une manière absolue à l'enfant toute action qui tendrait à déshonorer ses père et mère; Valette, p. 238, s'élève avec raison, selon nous, contre ce principe, il invoque l'article 380 C. pén., qui accorde à l'enfant une action en réparation civile, lorsqu'il a été victime d'un vol, action qui certes tend à les deshonorer.—*Voy.* aussi Demolombe, nº 274.

(4) Demolombe, nº 277; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 238.

sauf certaines restrictions (380, 386, 399 et 400), bien qu'elle se soit remariée, encore qu'elle n'ait pas été maintenue dans la tutelle; car ces deux autorités diffèrent essentiellement par leur cause et par leurs effets, ainsi que nous aurons occasion de le démontrer au titre de la tutelle.

Néanmoins, la règle n'est pas absolue à ce point que les tribunaux ne puissent intervenir dans l'intérêt de l'enfant, pour modifier l'exercice de cette autorité, lorsque les circonstances l'exigent; ce qui a lieu, notamment, lorsque l'enfant est laissé à l'abandon, par suite d'une condamnation que ses père et mère ont encourue, et, à plus forte raison, lorsqu'il est exposé à des mauvais traitements ou à des mauvais exemples: c'est là un pouvoir modérateur et réglementaire qui leur appartient, puisque l'ordre public se trouve compromis (1); — mais la puissance paternelle, le droit proprement dit, n'est pas moins à l'abri de toute atteinte.

L'autorité des tribunaux, à cet égard, est discrétionnaire: ils confieront, suivant les circonstances, la garde et l'éducation de l'enfant, soit à un ascendant, soit à un collatéral, soit même à un tiers: ils ordonneront que l'enfant sera élevé dans une pension; au besoin, ils interdiront même aux père et mère d'aller le visiter (2): la loi n'exclut aucun moyen; elle s'en remet à leur sagesse.

Ces mesures peuvent être provoquées soit par le tuteur, soit par le subrogé tuteur, soit par l'un des membres du conseil de famille. — Le juge de paix lui-même peut d'office convoquer le conseil, pour aviser aux mesures à prendre; — bien plus, l'enfant pourrait éveiller à cet égard la sollicitude des magistrats. Nous ne voyons pas même ce qui s'opposerait à ce qu'il se pourvût en son propre nom directement devant le tribunal; car il s'agit d'une sorte de droit de défense direct et personnel (3).

Quelques auteurs accordent également au ministère public le droit d'initiative: tout ce qui concerne les incapables, disent-ils, se lie en quelque sorte à l'ordre public: mais on ne saurait admettre cette proposition en présence des textes, qui ne lui confèrent la faculté d'agir d'office en matière civile que dans les cas précités (4).

Nous verrons plus loin que l'émancipation modifie, sous divers rapports, l'autorité paternelle: ainsi, l'enfant émancipé administre lui-même ses biens (481); il cesse d'être soumis au pouvoir d'éducation et de direction, etc.

(1) Merlin, Éducation, § 1er; Demolombe, n° 393; — Cass., 8 avril 1815; Bastia, 31 août 1826; Lyon, 5 avril 1827, Dev. Pal.

(2) Demolombe, n° 371; — Caen, 27 août 1827, Dev. Pal.; Paris, 4 juillet 1836, Dev., 1838, 2, 157.

(3) Merlin, Rép., v° Puissance paternelle, sect. 3, § 1er, no 1; — Caen, 31 décembre 1811, S., 1812, 2, 280; Bastia, 31 août 1826, D., 1827, 2, 179, Dev. Pal.

(4) Vazeille, Puissance paternelle, t 2, n° 432; — Cass., 11 août 1818, S., 1819, 1, 17. Dev. *V.* cep. Demolombe, n° 399.

373 — Le père seul exerce cette autorité durant le mariage.

= La puissance paternelle appartient au père et à la mère; néanmoins, comme le père est chef de la famille, il a paru convenable de n'accorder qu'à lui, durant le mariage, l'*exercice* de cette autorité. — La mère n'en est investie *en son propre nom* qu'après la mort de son mari, ajoutons, ou lorsqu'il a été frappé de déchéance par une condamnation correctionnelle pour excitation de ses propres enfants à la débauche (335 C. pén.). — Du vivant du père, elle ne peut agir qu'en qualité de mandataire légale du mari, et seulement à son défaut, c'est-à-dire, lorsqu'il a disparu (141), ou lorsqu'il se trouve, par une cause juridique, dans l'impossibilité d'user de son droit; notamment, s'il est interdit, soit judiciairement, soit par l'effet de la loi (502 C. civ., 29 C. pén.).

Les pouvoirs de la mère appelée à l'exercice de la puissance paternelle sont plus restreints que ceux du père : ainsi, elle ne pourrait faire détenir son enfant que par voie de réquisition, et seulement avec le concours des deux plus proches parents paternels (381); elle perd même ce droit si elle se remarie.

Nous pensons qu'elle n'a le droit de jouissance que dans le cas de survivance. (Arg. de l'art. 384.) — Cette jouissance cesse à son égard si elle contracte un second mariage (386).

En cas de séparation de corps, la jurisprudence, s'autorisant des termes de l'article 302, reconnaît aux tribunaux la faculté d'attribuer à la mère, s'il y a lieu, la garde de ses enfants.

374 — L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus.

= Cette disposition est une conséquence du principe établi par les articles 203 et 373. — Parmi les obligations que la nature et la loi imposent aux père et mère, se trouve, comme nous l'avons vu, celle d'élever leurs enfants; ce qui comprend, non-seulement l'obligation de les mettre en état de pourvoir par eux-mêmes à leur subsistance, mais encore celle de leur donner une éducation convenable, c'est-à-dire, de former leurs mœurs, de diriger leur esprit et de leur choisir un état : or, ce pouvoir de direction ne pourrait être exercé, si l'enfant était libre de quitter à son gré la maison paternelle ou celle où il aurait été placé pour son éducation.

Le droit de garde et d'éducation est tellement un attribut de la puissance paternelle, que le survivant des père et mère en jouirait quand même, à raison d'excuses ou de destitution, il ne serait point investi de la tutelle : dans ces deux cas, l'enfant aurait son domicile chez son tuteur (108), mais il pourrait avoir sa résidence chez son père ou sa

mère. — L'administration de la personne de l'enfant ne passe au tuteur qu'à la mort de l'un et de l'autre, ou lorsque le survivant est privé du droit de puissance paternelle (335 C. pén.). Ce serait donc le consentement du survivant des père et mère, et non celui du tuteur, que l'enfant devrait obtenir pour quitter la maison où il aurait été placé.

La loi parle seulement du père, parce qu'elle prévoit le cas le plus ordinaire, *quod plerumque fit :* il est clair que si le père est mort, ou se trouve, par l'une des causes que nous avons déterminées dans l'article précédent, privé de l'exercice de la puissance paternelle, l'enfant doit obtenir le consentement de la mère.

La règle que nous venons d'établir est modifiée pour le cas d'enrôlement volontaire : le fils de famille peut s'engager, après l'âge de vingt ans accomplis, sans que les personnes dont il dépend puissent s'y opposer (art. 32 de la loi du 21 mars 1832). Cette exception est fondée sur la faveur accordée au service militaire.— Au-dessous de cet âge, il doit justifier du consentement de son père; à son défaut, de celui de sa mère : puis, à défaut de sa mère, de celui de son tuteur. Le tuteur doit être autorisé par le conseil de famille (1).

Ainsi que nous l'avons déjà dit sous l'article 372, les tribunaux pourraient encore autoriser l'enfant à quitter la maison paternelle, et à se retirer chez une tierce personne que la famille indiquerait, ou qu'ils désigneraient d'office, si l'inconduite des père et mère était notoire, ou si l'enfant était exposé à des mauvais traitements qui mettraient sa vie ou sa santé en danger (2) (arg. des art. 302, 367 C. civ.; 335 C. pén.).

Hors ces cas exceptionnels, les père et mère pourraient obliger les enfants à rentrer dans la maison paternelle, et les revendiquer contre toute personne qui les retiendrait de gré ou de force (articles 354 et suiv. C. pén.), lors même que ce tiers serait un maître non payé du prix de la pension ou de l'apprentissage. — A cet effet, ils pourraient, sur une simple ordonnance du président, requérir le concours de la force publique : si ce magistrat a qualité pour faire incarcérer l'enfant, à plus forte raison est-il compétent pour ordonner que les agents de l'autorité le ramèneront à la maison paternelle. Il n'est pas nécessaire de recourir au tribunal; en cette matière, il y a toujours urgence (3).

Le ministère public devrait, dans ces divers cas, venir en aide à la puissance paternelle.

— Le survivant, déclaré indigne de la tutelle, demeure-t-il investi des droits et des bénéfices résultant de la puissance paternelle? — Aucune loi, excepté l'article 335 du Code pénal, ne le déclare déchu de cette autorité; les tribunaux ont seulement la faculté d'intervenir pour empêcher les abus et pour mettre l'enfant à l'abri des excès auxquels il se trouverait exposé.—Vazeille, Traité du mariage, t. 2, nos 431 et 433, décide le contraire : « Les enfants, dit-il, ne peu-

(1) Les filles qui veulent s'engager dans des congrégations hospitalières sont obligées de se conformer aux articles 148, 149, 150, 159 et 160 du Code civil (décret du 18 février 1809).

(2) Cass., 28 juin 1815; Caen, 31 décembre 1811; D., v° Puissance paternelle, sect. 2; S., 12 2, 280; Cass., 17 décembre 1819, S., 20, 1, 145; Locré, Législ., t. 7, p. 20, n° 3.

(3) De Belleyme, Ord. sur requête, t. 1er, p. 407.

» vent que tomber en tutelle, et cette tutelle ne revient pas à la mère, parce » que la mère étant elle-même sous la dépendance maritale, les enfants se trou- » veraient indirectement soumis au pouvoir dont ils ont obtenu l'affranchisse- » ment.»—Cette conclusion est contraire à tous les principes : la puissance paternelle est attribuée par la loi elle-même à la mère (372-373) ; il faudrait qu'un texte formel lui enlevât cette puissance pour qu'elle en fût privée; or, ce texte n'existe point. (Demolombe, nº 369.)

Droit de correction.

Le droit de correction est une conséquence du devoir d'éducation : ce droit ne peut donc appartenir qu'à ceux qui ont l'exercice de la puissance paternelle, c'est-à-dire, au père ; à son défaut, à la mère.— Quant au tuteur, il peut seulement porter plainte au conseil de famille et provoquer la reclusion du mineur; mais le conseil n'est admis à prendre de détermination à cet égard, qu'au cas de prédécès des père et mère (468).

Les moyens de correction varient suivant l'âge et la position de l'enfant. — Nous verrons qu'ils sont plus restreints pour la mère que pour le père.

375 — Le père qui aura des sujets de mécontentement très-graves sur la conduite d'un enfant aura les moyens de correction suivants.

376 — Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois; et, à cet effet, le président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation.

= L'autorité paternelle, quelque puissante qu'elle soit, ne confère pas au père le droit de faire incarcérer son enfant sans formalités préalables, car tout ce qui concerne la liberté des citoyens sort du droit privé : il doit s'adresser au président du tribunal de l'arrondissement de sa résidence; le président seul peut donner force exécutoire aux jugements domestiques (120 C. pén.).

Lorsque l'enfant a moins de 16 ans commencés, ce magistrat ne peut refuser l'ordre d'arrestation ; il n'intervient que pour légaliser en quelque sorte la volonté paternelle, et lui prêter son concours : les griefs du père ne sont pas soumis à son appréciation ; qu'ils soient faux ou réels, cela importe peu.

Néanmoins, le président ne devrait se prêter ni à un acte évidemment déraisonnable : tel serait le cas où le père présenterait comme grave une faute commise par un enfant de 4 ou 5 ans ; ni à un abus d'autorité flagrant, car la loi n'entend point prêter son appui à l'arbitraire.

377 — Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention de son enfant pendant six mois au plus : il s'adressera au président dudit tribunal, qui, après en avoir conféré avec le procureur de la république, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra, dans le premier cas, abréger le temps de la détention requis par le père.

= Lorsque les enfants ont accompli leur 15e année, la détention peut être plus longue qu'à l'égard de ceux qui sont au-dessous de cet âge, parce que leur discernement plus développé rend leurs écarts plus répréhensibles : mais ils ne peuvent être détenus que par voie de réquisition ; la loi ne laisse plus à l'arbitraire d'un père la liberté d'un adolescent, auquel il faut déjà tenir compte de sa raison, et qui peut annoncer des talents précoces : en ce cas, la voie de réquisition est seule ouverte ; le président est juge de la question : avant de délivrer l'ordre d'arrestation, il doit peser les raisons du père et en conférer avec le procureur de la république. Lors même que la demande lui paraîtrait fondée, il aurait la faculté d'abréger le temps requis de la détention.— Dans aucun cas, elle ne peut excéder six mois.

378 — Il n'y aura, dans l'un et l'autre cas, aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés.

Le père sera seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les aliments convenables.

= La détention de l'enfant n'est pas considérée comme un emprisonnement, mais comme une correction paternelle : aussi, tandis que l'incarcération ordinaire ne peut s'opérer qu'en vertu d'un jugement, la loi proscrit-elle ici toute formalité judiciaire : point de procédure qui pourrait laisser des souvenirs dans les archives des tribunaux ; la demande peut être adressée au président sans ministère d'avoué, même verbalement.—Bien plus, l'ordre d'arrestation n'est pas motivé : toutefois, comme il importe de constater la régularité de l'emprisonnement, le président doit mentionner que cet ordre a été délivré sur la demande d'une personne ayant qualité. Lorsque la détention a lieu par voie de réquisition, il doit ajouter en outre qu'il en a conféré avec le procureur de la république.

La loi ne désigne pas le lieu de la détention ; toute latitude, à cet égard, est laissée aux magistrats. (Locré sur l'art. 376.)

L'arrestation s'opère par les agents ordinaires de l'autorité : ces mots de l'article 378 : *soumission de payer tous les frais*, nous paraissent exprimer cette pensée ; car les frais ne peuvent avoir été occasionnés par une autre cause.

Mais l'agent de la force publique devra-t-il dresser procès-verbal de l'arrestation? Le gardien de la maison de détention devra-t-il dresser un acte d'écrou? du moins devra-t-il transcrire sur son registre l'ordre du président? Comment concilier ces mots de l'article 378 : *il n'y aura aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre d'arrestation*, avec les articles 789 et 790 Pr., 608, 609 et 610 Inst. crim.?

Il ne s'agit pas ici, nous le répétons, d'un emprisonnement ordinaire, de l'application d'une peine; mais d'une mesure de discipline paternelle : la loi ne veut pas que l'enfant soit traité comme prisonnier.

Le législateur a même pris soin de retrancher de l'art. 6 du projet une disposition portant que l'enfant serait détenu dans une maison de correction (*voy.* Fenet, t. 10, p. 506.), afin qu'on ne puisse se méprendre sur sa pensée.

Un décret du 30 septembre 1807 autorise les dames charitables dites du Refuge-Saint-Michel, à recevoir dans leur maison les personnes qui leur sont envoyées par les père et mère ou par les conseils de famille, dans les formes établies par le Code civil.

A Paris, les filles sont ordinairement enfermées dans le couvent de la Madeleine, et les garçons dans une maison située rue de la Roquette (1)

Le nom de l'enfant et l'ordre d'arrestation sont transcrits sur le registres de la maison; car c'est là un moyen de surveillance pour l'autorité supérieure, et une garantie pour les administrateurs. — D'ailleurs, les souvenirs que laissent ces registres n'ont rien d'infamant.

Dans les localités où il n'existe pas de semblables établissements, on enferme l'enfant dans la prison ordinaire, à moins que le président n'en ait autrement ordonné : mais il n'est pas odieusement confondu avec les prisonniers pour crimes ou délits; son nom doit même être porté par le gardien sur un registre à part.

Certes, il serait à désirer qu'il n'y eût ni procès-verbal d'arrestation, ni transcription sur les registres; mais cet inconvénient est inévitable (Demolombe, nº 337).

Le père (ou la mère) doit souscrire une soumission de payer tous les frais et de fournir les aliments convenables. Le texte est formel : on n'a pas voulu qu'il pût se faire du droit de correction un moyen d'échapper à l'obligation de nourrir ses enfants. — Mais doit-il verser d'avance une somme suffisante pour fournir les aliments pendant un mois, conformément aux articles 789 5º, 791 et 800 Pr., et à l'article 28 de la loi du 17 avril 1832? Rien n'annonce que telle ait été la pensée du législateur. L'affection des parents présente une garantie suffisante. S'ils ne fournissent pas les aliments, l'autorité y pourvoira, sauf ensuite à faire valoir contre eux la soumission souscrite. (De Belleyme, Ord. sur référés, t. 1er, p. 12.)

L'administration dispense même le père de faire cette soumission, « lorsqu'il résulte de l'attestation du juge de paix et du maire, ou du

(1) DeBelleyme, Ord. sur référés, t. 1er, p. 12.

» commissaire de police, qu'il est dans l'impossibilité de payer les ali-
» ments. » (De Belleyme, *ibid.*) Remarquons, en effet, que l'incarcération a lieu, non dans l'intérêt du père, mais dans l'intérêt de l'enfant, en vue de le corriger. — On oppose vainement les articles 789, 791 et 800 4° Pr. : les cas ne sont pas les mêmes (1).

379 — Le père est toujours maître d'abréger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise. Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée de la manière prescrite aux articles précédents.

= Le père est juge souverain du repentir de l'enfant, que la détention ait eu lieu par voie d'autorité ou par voie de réquisition : il pourrait même ne pas faire exécuter l'ordre d'arrestation; car ce n'est pas la société qui sévit. — La mère jouit du même pouvoir.

Mais, indépendamment du droit de grâce attribué aux père et mère, trois causes peuvent motiver la mise en liberté :

1° L'expiration du temps fixé de la détention;

2° La survenance de la majorité : en effet, lorsque l'enfant cesse d'être soumis à l'autorité paternelle, il est bien évident que la détention ne peut se prolonger;

3° La révocation de l'ordre d'arrestation par le premier président, si l'enfant est détenu par voie de réquisition (382).

Au surplus, si l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, le père conserve le droit de renouveler la correction, *de la manière prescrite aux articles précédents*, c'est-à-dire, soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition, suivant la distinction établie par les articles 376 et 377.

Nonobstant les termes formels du texte, quelques personnes prétendent que le père doit nécessairement agir par voie de réquisition, en cas de récidive; mais cette distinction est arbitraire : l'article 379, parlant au pluriel, renvoie aux articles 376 et 377; or, l'article 376 ne limite pas à une seule fois l'exercice du droit de correction par voie d'autorité : ce moyen de correction est ouvert au père de famille dans tous les cas où il a de graves sujets de plainte.

D'autres décident que le père n'est admis à faire incarcérer de nouveau son enfant qu'autant que le terme de la détention fixé par la première ordonnance a été abrégé.—Le texte de l'article 379 semble se prêter, jusqu'à un certain point, à cette théorie ; mais, évidemment, son esprit la repousse : sans doute, l'enfant envers lequel on a usé d'indulgence une première fois est plus coupable lorsqu'il retombe dans de nouveaux écarts ; mais toujours est-il qu'il faut revenir à l'article 376 : or la question est de savoir s'il y a lieu de punir; et certes, on ne saurait contester que les fautes réitérées annon-

(1) Demolombe, nos 334 et suiv.; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 251, note *a*.

cent un caractère insoumis et difficile, qui provoque la sévérité.

Le texte de l'article 379 a fait naître une autre difficulté : on demande si le père est tenu de fournir au président la preuve des nouveaux écarts, lors même que l'enfant a moins de 16 ans? Il nous paraît évident qu'on retombe sous l'empire des articles 376 et 377 : remarquons, en effet, ces mots : *de la manière prescrite aux articles précédents;* ils rappellent la distinction, consacrée par les articles 376 et 377, entre la voie de réquisition et la voie d'autorité.—Mais alors, objecterat-on, à quoi bon une phrase spéciale pour l'hypothèse de détention subséquente? On pourrait se borner à répondre que le législateur, voulant soumettre à une même règle les cas de détention soit par voie de réquisition, soit par voie d'autorité, a cru devoir les comprendre l'un et l'autre dans une même phrase qu'il a répétée dans l'article 379. — Mais recourons aux documents historiques : l'article 3 du projet portait : « La détention ne pourra, pour la première fois, excéder » six mois; elle pourra durer une année si l'enfant, redevenu libre, » retombe dans les écarts qui l'avaient motivée;—dans tous les cas, le » père sera le maître d'en abréger la durée. » (Fenet, t. 10, p. 279.) La première partie de l'article a été supprimée; la seconde a été maintenue : cette disposition forme le premier alinéa de l'article 379.— Il n'est donc pas vrai de dire que le but du législateur a été de modifier la règle des articles 376 et 377, pour le cas de récidive : nul doute que ces articles doivent recevoir une application pleine et entière.

— L'article 379 ne parlant que du père, on demande si la mère a le droit d'abréger la durée de la détention?

Première opinion : Le législateur a manifesté suffisamment, par son silence, l'intention de ne pas étendre à la mère les pouvoirs qu'il accordait au père. Plus faible, plus irritable, plus variable dans ses résolutions, une femme ne doit pas être laissée arbitre de la liberté d'un enfant : aussi, le législateur a-t-il décidé que la mère ne pourrait employer que la voie de réquisition, et seulement avec le concours des deux plus proches parents paternels. (Proudhon, t. 1er, p. 247.)

Deuxième opinion : Ayant le droit de punir, la mère doit avoir celui de pardonner ; toutefois, il convient d'employer, pour faire cesser la détention, les formes auxquelles on a eu recours pour l'obtenir : le concours des deux plus proches parents paternels, et, à leur défaut, celui de deux alliés ou amis du père.—Si la mère pouvait, de sa propre autorité, rendre la liberté à son enfant, il arriverait souvent qu'après quelques heures passées dans les regrets, cédant à un mouvement de tendresse, elle reviendrait sur sa première détermination, et rendrait vaines les voies de correction remises entre ses mains ; ce qui serait préjudiciable à l'enfant lui-même. — Ce serait là, d'ailleurs, consacrer une inconséquence : puisque la mère a pour la détention un droit plus restreint que le père, comment aurait-elle pour l'élargissement un droit égal?

Troisième opinion : La mère peut, sans le concours des parents paternels, abréger la durée de la détention : autre chose est la punition, autre chose est l'indulgence et le pardon. L'art. 381 exige le concours de deux parents paternels pour faire détenir l'enfant; mais il n'impose pas cette condition pour le faire sortir de prison : pourquoi? Évidemment parce qu'il n'y a point lieu de craindre d'abus d'autorité.—D'ailleurs, la mère comme le père est investie de la puissance paternelle; cette autorité existe dans toute son étendue dès le moment où la lo

n'en a pas restreint l'exercice ; or, nous ne trouvons pas de texte qui modifie, dans le cas de l'article 379, l'autorité maternelle. — Une dernière considération nous semble péremptoire : si la mère ne peut être contrainte à requérir la détention ; si elle conserve la faculté, même après avoir obtenu l'ordre d'arrestation, de ne pas en user, comment pourrait-on lui refuser la faculté de mettre l'enfant en liberté (1) ?

Les père et mère étrangers, qui n'ont point obtenu l'autorisation de résider en France, peuvent-ils faire détenir leur enfant en vertu des articles 375 et suivants, soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition ? ∿ Il s'agit moins ici d'une loi personnelle que d'une loi qui a pour but le bon ordre des familles et qui intéresse l'ordre public (art. 3) ; par conséquent, toutes personnes qui habitent le territoire peuvent l'invoquer. (Demolombe, nos 357 et 486.)

380 — Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'article 377.

= Le père remarié pouvant se laisser influencer par les artifices de sa seconde femme, la loi ne lui permet que la voie de réquisition ; elle veut que le président soit appelé à apprécier les causes de la sévérité déployée contre l'enfant.

De ce que l'article 380 renvoie à l'article 377, doit-on conclure que la détention peut durer six mois, alors même que l'enfant est âgé de moins de 15 ans, toutes les fois qu'il y a lieu à la voie de réquisition ? Quelques auteurs admettent cette décision ; mais évidemment, la loi ne renvoie à l'article 377 que pour la forme à suivre : la circonstance que le père est remarié n'aggrave pas la faute de l'enfant ; elle ne peut attirer sur lui une plus grande sévérité.

— Si le père remarié devient veuf de nouveau, recouvre-t-il le droit de faire détenir, par voie d'autorité, son enfant âgé de moins de 16 ans ? ∿ De même que la mère, en se remariant, perd entièrement le droit de correction ; de même, peut-on dire, le père qui se remarie perd le droit d'user de la voie d'autorité : aucun texte, en effet, ne le relève de cette déchéance après la dissolution de son nouveau mariage. ∿ Si l'on accordait cette faveur au père devenu veuf, il faudrait l'accorder à la mère devenue veuve. Bien plus, il faudrait aller jusqu'à soutenir qu'elle recouvre la jouissance légale dont elle a été dépouillée par le fait de son mariage (586) ; ; or, nul n'oserait aller jusque-là.

Ces mots : si le père *est remarié*, supposent, disent quelques personnes, que le mariage est *actuellement* existant. ∿ Telle n'a pu être la pensée du législateur : ils signifient, s'il n'est pas *resté veuf* ; s'il n'a pas contracté une nouvelle union. — D'ailleurs, la mort du nouvel époux ne fait point disparaître le danger que le législateur a voulu prévenir : le père ou la mère qui se remarie ne conserve pas pour ses enfants du premier lit un amour complet, absolu, exclusif ; l'influence du nouvel époux même décédé survit dans leur cœur, surtout s'il y a des enfants du deuxième lit. (Demolombe, no 324.)

(1) De Belleyme, Ord. sur référés, t. 1, p. 14 et 15; Zach., t. 3, p. 379; Valette sur Proudhon, t. 1er, p. 247, no 6; Demolombe, no 356.

Quoi qu'il en soit, presque tous les auteurs enseignent que le père remarié, qui a perdu sa nouvelle femme, recouvre le droit de faire détenir par voie d'autorité ses enfants du premier lit, âgés de moins de 16 ans commencés. Cette opinion nous paraît conforme à l'esprit de la loi. Pourquoi les pouvoirs du père sont-ils modifiés? Parce qu'on craint l'influence hostile de la deuxième femme, ses artifices, ses inimitiés, son ascendant sur un mari faible et aveugle; or, ce danger n'existe plus lorsque la nouvelle femme est décédée : donc ces mots de l'article 380 : *si le père est remarié*, supposent que le nouveau mariage existe actuellement (1).

381 — La mère survivante et non remariée ne pourra faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, et par voie de réquisition, conformément à l'article 377.

= Après la mort du père (ajoutons, en cas de déchéance, 335 C. pén., ou lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité juridiquement reconnue de manifester sa volonté)(2), l'exercice de la puissance paternelle passe à la mère.—Néanmoins, le législateur a prévu que, faible, ou légèrement alarmée, elle pourrait trop facilement recourir à des moyens extrêmes; il a cru devoir décider, comme garantie pour l'enfant: 1° qu'elle n'agirait que par voie de réquisition; 2° qu'elle obtiendrait le concours des deux plus proches parents paternels.

Remarquez ces mots : *avec le concours;* ils expriment clairement que le consentement des parents doit être simultané; qu'ils doivent accompagner la mère dans le cabinet du président, ou, du moins, que la requête (si l'on a recours à cette voie) doit être présentée par eux et par la mère conjointement (3); que cette requête doit contenir leur signature. Il ne suffirait donc pas qu'ils donnassent leur avis. — *A fortiori*, le refus de l'un d'eux mettrait-il obstacle à la détention. (Locré.)

Au surplus, en prescrivant ce concours, la loi n'entend pas imposer une condition impossible : nul doute que si les deux plus proches parents paternels demeuraient à une distance telle que leur intervention dût entraîner des délais trop prolongés, la mère pourrait s'adjoindre des parents d'un degré plus éloigné, qui se trouveraient sur les lieux (arg. de l'art. 407), et au besoin même deux personnes connues pour avoir eu des relations d'amitié avec le père (4). Cela ne peut occasionner aucun inconvénient, puisque le président n'est pas tenu d'accorder l'ordre d'arrestation (409). (*Voy.* toutefois les questions.)

Observons que la loi n'accorde le droit de correction qu'à la mère *non remariée :* le convol de la mère est donc vu plus défavorablement que celui du père : en effet, le père, dans le même cas, n'est privé que

(1) Toullier, n° 1058; Proudhon, t. 2, p. 246; Zach., t. 3, p. 677; Vazeille, Mariage, t. 2, n° 425.

(2) Valette sur Proudhon, p. 245.

(3) De Belleyme, Ord. sur référés, t. 1er, p. 14; Zach., t. 3, p. 676; Demolombe, n° 350.

(4) De Belleyme, *ibid.*; Delv., p. 96, n° 6.

du droit de faire détenir son enfant par voie d'autorité. Pourquoi cette différence? On a considéré que la mère, en se remariant, se trouvera sous la dépendance de son nouveau mari, qu'elle subira son influence et même ses caprices; tandis que le mari est légalement supposé conserver toute son indépendance.

La mère remariée peut seulement, si elle a été maintenue dans la tutelle (396 C. C), se faire autoriser par le conseil de famille à requérir la détention du mineur (468 C. C.).

Par suite de cette même défaveur, la mère qui se remarie perd la jouissance des biens de ses enfants (384).

— *Quid* s'il n'y a point de parents paternels? La loi exige, disent les uns, le concours des deux plus proches parents paternels : ce concours est par conséquent de rigueur. (Proudhon, t. 2, p. 247.) Le concours des parents, disent les autres, n'est qu'un hommage rendu à la ligne du père: dès le moment où cette condition ne peut s'accomplir, la mère est réintégrée dans le libre exercice de ses droits. (Toullier, t. 1, p. 483.) Enfin, suivant une autre opinion, il faut observer l'article 468. (Delv., p. 96, no 6; Dur., no 358; Locré, p. 554.) Ces divers systèmes nous paraissent trop absolus; le danger que la loi veut prévenir est indépendant de la question de savoir s'il existe des parents paternels : priver la mère de tout pouvoir correctionnel, c'est méconnaître son autorité; l'affranchir de l'une des garanties offertes à l'enfant, c'est tomber dans un excès contraire. — Quel parti prendre? On conciliera tous les intérêts en remplaçant les deux parents paternels par deux alliés ou amis du père.— Cette règle est conforme au droit commun. (Arg. des articles 407, 409.) (Toullier, no 1057, t. 2, note; Valette sur Proudhon, p. 247; Demolombe, no 353.)

La mort du nouveau mari rendrait-elle à la mère l'exercice du droit de correction? Demolombe, no 324, se prononce pour la négative : les droits de la mère, suivant lui, ont été modifiés par l'effet de la loi; aucun texte ne lui rend les pouvoirs qu'elle a perdus. — Mais l'opinion contraire est soutenue par la plupart des auteurs (1).

382 — Lorsque l'enfant aura des biens personnels (2), ou lorsqu'il exercera un état, sa détention ne pourra, même au-dessous de seize ans, avoir lieu que par voie de réquisition, en la forme prescrite par l'article 377.

L'enfant détenu pourra adresser un mémoire au procureur général près la cour d'appel. Celui-ci se fera rendre compte par le procureur de la république près le tribunal de première instance, et fera son rapport au président (3) de la cour

(1) Proudhon et Valette, p. 240; Toullier, no 1058; Vazeille, Mariage, t. 2, no 425.

(2) On conçoit l'utilité de la restriction apportée au droit de correction, lorsque l'enfant exerce un état; mais rien ne la justifie lorsqu'il a seulement des biens personnels : en effet, si le père est tuteur, ne peut-il pas, de mille manières, dépouiller son enfant?— S'il n'est pas tuteur, où est le danger? L'enfant non émancipé peut-il stipuler? Peut-il s'imposer le moindre sacrifice? Peut-il faire même un testament tant qu'il n'a pas atteint sa seizième année? On ne saurait, dès lors, craindre que le père use du droit de correction pour s'emparer des biens de son enfant.

(3) C'est-à-dire au premier président.

d'appel, qui, après en avoir donné avis au père, et après avoir recueilli tous les renseignements, pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal de première instance (1).

= Lorsqu'un enfant exerce un état (c'est-à-dire, lorsqu'il se livre à un travail lucratif séparé de celui de son père), il est à craindre qu'un père dissipateur ne se fasse du droit de correction un moyen de contrainte pour extorquer le fruit de son travail, ou lui imposer des fatigues au-dessus de ses forces; d'ailleurs, on doit user de ménagements envers un enfant devenu déjà, par son industrie, membre actif de la société : sa position est digne d'intérêt et d'encouragement; on doit craindre de nuire à son crédit et aux progrès de son industrie. — Lorsque l'enfant a des biens personnels, il peut prétendre aux égards que l'on accorde dans l'état actuel de la civilisation aux personnes qui ont quelque fortune. Ce motif est le seul qui ait quelque autorité; car l'enfant soumis à la puissance paternelle, n'ayant pas l'administration de ses biens, se trouve à l'abri des surprises et des manœuvres de la cupidité.

Comme il est possible que les magistrats chargés (377) de peser les raisons du père se soient laissé tromper, la loi permet à l'enfant, même âgé de moins de 16 ans commencés, qui se trouve dans l'un des cas prévus par l'art. 382, de réclamer, par un mémoire adressé au procureur général, la justice du président de la cour contre l'ordre d'arrestation. Le président peut modifier ou rétracter cet ordre, après en avoir donné avis au père.

Remarquons, surtout, que le recours n'est point suspensif comme l'appel (457 Pr.) : il ne s'agit pas ici d'un procès, mais de l'exercice d'un pouvoir tutélaire. C'est ce qui nous semble résulter suffisamment des termes de la loi.

— La voie de recours dont il est parlé dans l'article 382, peut-elle être exercée par l'enfant, non-seulement lorsqu'il a des biens personnels, ou lorsqu'il exerce un état, mais encore dans tous autres cas où il est détenu par voie de réquisition? ~ Pour la négative, on invoque les termes restrictifs de l'article 382 et les travaux préparatoires du Code civil : le consul Cambacérès, disent les partisans de ce système, voulait qu'on restreignît les pouvoirs du père, et que le recours devant le premier président et le procureur général ne fût ouvert que dans les deux cas où l'enfant exercerait un état ou aurait des biens personnels : l'article 12 du projet était conçu en ce sens. Le tribunat ne se rendit pas compte de l'objet du mémoire; il demanda la suppression de ce recours comme inutile, à moins qu'on ne l'étendît à tous les cas où le procureur général et le premier président seraient appelés à exercer leur surveillance : mais le conseil d'État ne persista pas moins dans sa résolution, ainsi que cela est démontré par le passage suivant du discours de l'orateur du gouvernement au corps législatif : « Autant il est raisonnable, a-t-il dit, de donner au père le droit de faire enfermer de sa seule

(1) Le législateur aurait dû faire de cet alinéa un article distinct, car il s'applique à tous les cas où l'enfant est détenu par voie de réquisition.

autorité un enfant de 12 ans, autant il serait injuste de laisser, pour ainsi dire, à sa discrétion, un adolescent d'une éducation soignée... Le président et le procureur général doivent donc être autorisés à peser les motifs d'un père qui veut faire enfermer un jeune homme au-dessus de 16 ans commencés... Il faut des précautions plus sévères encore lorsque l'enfant a des biens personnels, ou lorsqu'il exerce un état dans la société... Il est de toute justice, *dans cette dernière hypothèse*, que l'enfant soit autorisé à se pourvoir devant le président et le commissaire du tribunal d'appel. » (Fenet, p. 541 et 542.)—Ainsi, dans la pensée du conseil d'État, le recours est restreint à deux cas : 1o lorsque l'enfant a des biens personnels; 2o lorsqu'il a un état. (Malleville sur l'article 382; Dur., no 395.) ∽ La plupart des auteurs rejettent cette opinion; ils s'appuient, notamment, sur le passage suivant du discours du tribun Albisson, chargé de porter au corps législatif le vœu du tribunat : « Si l'enfant a moins de 16 ans commencés, le père » peut le faire détenir par le seul effet de sa volonté... Depuis 15 ans et un » jour, le père peut seulement requérir la détention... Si le père est remarié, il » n'a encore que le droit de réquisition... Même restriction si l'enfant a des biens » ou s'il exerce un état... La mère n'a également que le droit de réquisition... » Dans tous les cas, l'enfant détenu peut réclamer par un mémoire. » (Fenet, p. 541 et 542.) (1).—Sur quels motifs, en effet, pourrait-on fonder une différence? Comment admettre que l'enfant puisse se pourvoir contre la décision du président lorsqu'il a des biens personnels, et que cette faculté lui soit refusée lorsque son père s'est remarié? — D'ailleurs, lorsqu'il s'agit de la contrainte par corps, le recours est de droit commun (arg. de l'art. 20 de la loi du 17 avril 1832), dans les affaires même où les tribunaux statuent sans appel; or, il s'agit ici d'une question de liberté individuelle.—On ne peut rien conclure de la dissidence qui s'est élevée entre le conseil d'État et le tribunat : cela prouve le doute, voilà tout. Ainsi, tandis que M. Réal déclare « qu'il est de toute justice, dans cette dernière hypothèse (c'est-à-dire, lorsque l'enfant a des biens personnels ou exerce un état), qu'il soit autorisé à se pourvoir devant le président et le commissaire du tribunal d'appel (Locré, p. 61-27), M. Vesin annonce que, dans le doute, il faut revenir au droit commun; que le législateur s'est proposé de prévenir et de paralyser toutes les surprises, toutes les intrigues de localités, et d'empêcher que le droit de correction puisse jamais être un moyen de despotisme.

Le père a-t-il le droit de se pourvoir contre la décision du président, si ce dernier abrége la durée de la détention par lui requise, ou refuse d'accorder l'ordre d'arrestation? ∽ Il peut arriver, sans doute, que le président ait subi l'influence des intrigues de localités; mais le texte n'accorde qu'à l'enfant le recours contre l'ordre d'arrestation... *l'enfant detenu*, porte l'art. 382. Remarquons, d'ailleurs, que nous ne sommes pas dans le cas d'une instance ordinaire où l'appel peut avoir lieu : il s'agit d'un acte de puissance paternelle et d'autorité domestique. Nous excepterons le cas d'erreur de droit : par exemple, si le président pense à tort que le père ne peut agir que par voie de réquisition; ou celui d'erreur de fait : par exemple, si une difficulté s'est élevée sur l'âge de l'enfant ou sur le point de savoir s'il exerçait un état : nul doute que le recours serait alors ouvert. — Mais quelle sera la forme à suivre? L'affaire sera portée non devant le président et le procureur général, mais devant le tribunal, suivant le mode ordinaire de procéder, c'est-à-dire, par voie d'assignation, car il peut y avoir un point de droit difficile, susceptible de donner lieu au pourvoi en cassation.—Comme le président ne peut être l'adversaire du père, un tuteur *ad hoc* sera nommé à l'enfant pour prendre sa défense. (Demolombe, no 333.)

(1) Toullier, no 1056, t. 1er; Proudhon, t. 1er, no 251; Zach., t. 3, p. 678; Demolombe, no 331.

L'enfant mineur de 16 ans, qui a des biens personnels ou qui exerce un état, ne peut être détenu que par voie de réquisition : mais alors sa détention peut-elle durer six mois? Les art. 380, 381 et 382, relatifs à la détention par voie de réquisition, semblent se référer à l'art. 377, qui organise ce mode de correction, et par suite autoriser implicitement la détention de 6 mois. La différence établie, à cet égard, entre la détention par voie d'autorité et la détention par voie de réquisition, semble justifier cette règle : dans le premier cas, le père agit sans pouvoir modérateur; dans le deuxième, le président, arbitre des raisons du père, peut refuser d'ordonner la détention ou la réduire à un temps fort court. Mais l'esprit des articles cités est contraire à ce système ; il faut considérer l'âge de l'enfant : a-t-il moins de 16 ans, le *maximum* est d'un mois; a-t-il plus de 16 ans, le *maximum* est de six mois.—Les articles 380, 381 et 382 ne se lient pas entièrement, comme on l'a dit à tort, à l'art. 377 ; ils n'empruntent à cet article que la forme, que la manière de procéder. Ces mots de l'article 382 : *en la forme prescrite par l'article* 380, le démontrent suffisamment.—Ajoutez que ce serait faire tourner contre l'enfant des dispositions introduites dans le but unique de l'entourer de plus d'égards et de ménagements —Il faut d'ailleurs observer que cette différence, quant au temps de la détention, établie par les articles 376 et 377, n'est pas fondée, comme on l'a prétendu, sur ce que, dans le premier cas, le père agit par voie d'autorité, et dans le deuxième, par voie de réquisition ; mais bien sur cette considération, que les écarts d'un jeune homme de 16 ans méritent une répression plus sévère, à raison de leur gravité, que ceux d'un enfant qui n'a pas encore atteint cet âge. (Demolombe, nº 329.)

383 — *Voyez* page 271.

Effets de la puissance paternelle en ce qui concerne l'administration et la jouissance des biens de l'enfant.

HISTORIQUE.

La jouissance légale des biens de l'enfant, cet attribut de la puissance paternelle, doit son origine en partie au droit romain et en partie au droit coutumier : les rédacteurs du Code ont puisé à l'une et à l'autre source.

A Rome, l'ascendant mâle paternel avait l'usufruit du pécule *adventice*, c'est-à-dire, des biens que l'enfant acquérait par succession, donation ou testament. —Le père de famille était, au contraire, propriétaire du pécule *profectice*, pécule qui se composait de ce que l'enfant pouvait avoir acquis avec les biens personnels du père, dont l'administration lui avait été laissée.—Quant au pécule *castrans* et au pécule *quasi castrans*, composé, le premier, des biens que l'enfant avait acquis dans la profession des armes, et le deuxième, de ceux qu'il avait acquis dans l'exercice de certaines professions libérales ou par son travail, par son industrie, ou quelques autres moyens qui n'étaient pas définis, le fils en était maître absolu.

La plupart des coutumes refusaient aux père et mère la jouissance des biens personnels de leurs enfants : cet usufruit légal ne pouvait être qu'un attribut du droit de *bail* ou de *garde*, lequel appartenait, suivant les cas, au père, à la mère, aux ascendants d'un degré supérieur, et même aux collatéraux.

Quelles étaient l'origine et la nature des droits de *bail* et de *garde* ?

« *Garde* et *bail* signifiaient gouvernement, administration avec autorité. » (Pothier, Introd. au titre Ier de la cout. d'Orléans, des fiefs ; chap. X, de la arde noble.)

« La garde était le droit que la coutume donnait au survivant de deux conjoints par mariage, ou, à son défaut ou refus, aux autres ascendants, de gouverner avec autorité la personne des enfants mineurs dudit mariage, et les biens qui étaient avenus auxdits mineurs de la succession du prédécédé, ou qui pouvaient leur avenir d'ailleurs. » (Introd. au titre X de la coutume d'Orléans, de la puissance paternelle.)

Cette garde, lorsque la personne qui l'exerçait était *noble*, recevait le nom de *garde noble*, par opposition à la *garde bourgeoise*, ainsi appelée parce que le gardien appartenait à la bourgeoisie.

La *garde noble* conférait au gardien l'usufruit des biens personnels de l'enfant. — La *garde bourgeoise* constituait une sorte de tutelle légitime, qui obligeait à rendre compte des revenus, sans donner droit à aucun émolument.

Toutefois, par exception, la coutume de Paris effaçait toute distinction à cet égard entre la garde noble et la garde bourgeoise : dans l'un et l'autre cas, le gardien avait la jouissance des biens de l'enfant.

Pour quelle cause avait-on établi, relativement à l'usufruit, une différence entre la garde noble et la garde bourgeoise? Pothier nous donne des éclaircissements à cet égard : « Notre coutume, dit-il, a traité de la garde noble sous le titre de fiefs, parce qu'elle en tire son origine. Comme les fiefs étaient tenus autrefois à la charge du service militaire, lorsqu'un vassal laissait, à sa mort, des enfants mineurs qui n'étaient pas encore capables de ce service, les seigneurs se mettaient en possession de leurs fiefs et en jouissaient jusqu'à ce qu'ils eussent atteint un âge suffisant, en se chargeant de pourvoir, en attendant, à leurs aliments et à leur éducation : de là l'origine de la garde royale et seigneuriale qui a lieu en Normandie... » — « Depuis, les seigneurs se déchargèrent de ce soin sur quelqu'un des proches parents des mineurs, qui jouissait des fiefs des mineurs jusqu'à ce qu'ils fussent en âge suffisant, en se chargeant tant de faire le service militaire à leur place, que de pourvoir aux aliments et à l'éducation des mineurs. » (Introd. au titre des fiefs, chap. X, nº 315.)

Pour les filles, la garde seigneuriale continuait jusqu'à ce qu'elles fussent en âge de se marier.

Ainsi le droit de garde avait son origine dans l'organisation féodale : depuis, cette ancienne garde seigneuriale a été transformée en garde noble et en garde bourgeoise.

Nous n'entrerons pas dans de plus longs détails sur cette institution, car elle n'a plus pour nous qu'un intérêt historique. — Arrivons aux règles qui ont un rapport plus direct avec nos lois nouvelles.

Le gardien devait faire inventaire ; dans la garde bourgeoise, il était tenu en outre de fournir caution.

Suivant la coutume de Paris, le gardien était tenu « de payer et acquitter les dettes et arrérages de rentes que devaient les mineurs ; de les nourrir, alimenter et entretenir selon leur état et qualité ; de payer et acquitter les charges annuelles des héritages, et iceux entretenir de toutes réparations viagères, et enfin desdites gardes, rendre lesdits héritages en bon état. »

Parmi ces obligations, il faut remarquer celle qui était imposée au gardien de payer les dettes (mobilières) de la succession, ce qui avait donné lieu à la maxime *Qui garde prend, quitte la rend.* Elle était fondée sur cette considération que le gardien, devenant propriétaire de l'universalité du mobilier, devait en supporter les charges. D'ailleurs, cette mesure, qui paraîtrait exorbitante aujourd'hui, avait en définitive pour seul résultat, à l'époque où nous nous plaçons, d'imposer à l'usufruitier la charge de quelques arrérages de rentes passives, devenues exigibles au moment de l'ouverture du droit : en effet, les lois n'admettaient pas le prêt à in-

térêt ; et quant aux rentes, soit foncières, soit constituées, on les considérait comme immeubles.

Le gardien, disons-nous, devait acquitter les *dettes;* mais il n'était pas tenu des legs mobiliers : les legs, en effet, sont des charges plutôt que des dettes, puisque le défunt n'en a jamais été tenu.—Il faut en dire autant, *à fortiori*, des frais funéraires. — Toutefois, on admettait que le gardien supportait ces sortes de frais en totalité, attendu qu'ils étaient privilégiés. On décidait même qu'il devait acquitter les legs de sommes modiques. (Pothier, Introduction au titre des fiefs, nº 341.)

La garde noble durait jusqu'à ce que les garçons eussent atteint l'âge de 20 ans, et les filles leur 15e année. — La garde bourgeoise était restreinte à 14 ans pour les garçons, et 11 ans pour les filles.

La garde pouvait finir avant cette époque par différentes causes : notamment, par la mort naturelle ou civile, soit du gardien, soit de l'enfant ; — par le mariage ou par l'émancipation de l'enfant ; — enfin, si le gardien n'accomplissait pas les obligations qui lui étaient imposées, soit à l'égard de l'enfant, soit à l'égard des biens.

Nous retrouverons dans le droit de jouissance (improprement appelé dans l'usage *usufruit paternel*), conféré comme attribut de la puissance paternelle, par le Code civil, quelques vestiges du pécule *adventice*, et notamment de la garde noble.

Mais nous verrons aussi que ce droit est soumis à des règles qui diffèrent essentiellement de celles que nous venons d'exposer.

---

384 — Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans.

= Les enfants peuvent avoir des biens personnels provenant, par exemple, soit de libéralités qui leur auraient été faites, soit de la succession de leur père ou de leur mère ou de tous autres ascendants : notre article pose en principe que le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant, a l'usufruit de ces biens, de quelque nature qu'ils soient et à quelque titre qu'ils aient été acquis, sauf, toutefois, certaines restrictions.

Quel but le législateur s'est-il proposé? Il a voulu indemniser les père et mère de leurs soins, et surtout prévenir les procès scandaleux qu'aurait soulevés entre eux et leurs enfants un compte rigoureux des revenus.

Du principe que la jouissance légale est un attribut de la puissance paternelle proprement dite, résultent les conséquences suivantes :

1º Ce droit n'appartient qu'au père et à la mère : la loi ne l'étend ni aux ascendants d'un degré supérieur, ni aux collatéraux;

2º Il subsiste, quoiqu'il n'ait pas été formellement accepté;

3º Il est indépendant de la tutelle : par conséquent, en cas de prédécès du père ou de la mère, le survivant en profite, lors même qu'il n'est pas investi de cette charge (soit parce qu'il s'est fait excuser, soit

parce qu'il a été exclu ou destitué); car la puissance paternelle est distincte de la tutelle (1).

Remarquons cette expression : *le survivant;* elle indique suffisamment, selon nous, que, dans la pensée du législateur, la mère n'a la jouissance légale que dans le seul cas de prédécès de son mari : par conséquent, il ne suffirait pas que, durant le mariage, le père en eût été privé par une cause quelconque. Peu importerait même qu'il eût encouru la peine prononcée par l'article 335 du Code pénal; le texte est formel : la mère survivante seule peut prétendre à la jouissance légale. — Comme la condition requise ne serait point accomplie, les revenus se capitaliseraient au profit de l'enfant.

Cette décision, toutefois, est vivement combattue : suivant quelques auteurs graves, l'usufruit légal passe à la mère, lorsque le père est dans l'impossibilité d'exercer le droit qui lui est conféré; par exemple, s'il se trouve en état d'interdiction, de présomption d'absence, et à plus forte raison, s'il a été frappé de déchéance en vertu de l'art. 335 C. pén. L'usufruit légal, disent-ils, est la compensation des peines et des soins qu'imposent l'éducation de l'enfant et l'administration de ses biens; la mère doit donc en profiter, puisqu'elle prend la place du père. Il ne faut pas s'arrêter aux termes dont le législateur s'est servi : l'article 373 déclare également que le père seul exerce l'autorité paternelle *durant le mariage;* l'article 389, que le père est, *durant le mariage*, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs; et cependant, on admet généralement que cette autorité passe à la mère lorsque le père se trouve hors d'état de l'exercer; la raison veut qu'il en soit de même pour le droit de jouissance : quoi, si le père meurt, ce droit passe à la mère, et parce qu'il est vivant, vous voulez qu'elle en soit privée! comment justifier cette discontinuation de jouissance, cette incohérence vraiment bizarre? — Il est évident que l'usufruit ne peut être séparé de l'administration; l'article 384 est conçu dans les mêmes termes que les articles 373 et 389 : dans les trois cas, il faut donc admettre la même solution.

Telles sont les considérations invoquées en faveur de la mère : toutes graves qu'elles soient, nous adopterons le système contraire. — Durant la vie du père, l'administration légale peut être conférée à la mère dans deux circonstances :

1° Lorsque, pour cause d'absence, d'interdiction ou autre circonstance, le père se trouve dans l'impossibilité d'user de son droit : — en cas d'absence, on n'hésite pas à décider que l'usufruit légal continue de lui appartenir : or, ce que l'article 141 décide pour le cas d'absence nous paraît devoir s'appliquer à tous les cas semblables; c'est toujours dans la personne du père que réside la puissance paternelle; la mère ne fait évidemment qu'une sorte d'*intérim;* elle n'agit point en son nom, mais comme mandataire légale de son mari. Sans doute elle supportera le fardeau de l'administration sans en avoir personnellement

(1) Dur., n° 388; Toullier, n° 1062; Demolombe, n° 481. *Voy.* cep. Delv., p. 97, n° 9.

les avantages; mais sa position, sous ce rapport, sera celle de tout mandataire à titre gratuit. Au surplus, les termes de l'art. 384 sont clairs, précis, énergiques. — On exagère beaucoup les inconvénients de ce système : si les époux sont communs en biens, la mère aura une partie des fruits, puisqu'ils tomberont dans la masse active; sous tout autre régime, elle en profitera individuellement.

2° Lorsque le père est déchu de la puissance paternelle par l'effet d'une condamnation pénale (335 C. pén.) : ici la question souffre plus de difficultés : la mère n'agit plus alors comme mandataire, mais en son nom personnel Quoi qu'il en soit, l'argument que nous avons tiré du texte de l'art. 384 se représente. D'ailleurs, cette condamnation n'atteindrait pas son but, si l'usufruit devait retomber sur la tête de la mère ; car, en fait, le père participerait à la jouissance, surtout si les époux étaient communs en biens. — On objectera que, pour atteindre le coupable, on frappera ainsi l'innocent. Nous répondrons que la mère ne peut avoir d'autres droits que ceux qui lui sont formellement conférés; or, le texte de l'art. 384 subordonne l'usufruit de la mère au cas de prédécès du mari.

Au résumé, le père conserve la jouissance légale, s'il est seulement privé de l'exercice de la puissance paternelle. — S'il a perdu cette puissance, même par l'effet d'une condamnation, l'usufruit se réunit à la nue propriété, au profit des enfants, pour ne renaître qu'après la dissolution du mariage, en faveur de la mère, si elle survit (1).

La jouissance des père et mère n'est pas un attribut essentiel de la puissance paternelle : en effet, elle finit au moment où les enfants, même non émancipés, atteignent leur dix-huitième année; tandis que la puissance paternelle se prolonge jusqu'à leur majorité. — Pourquoi cette limitation du droit de jouissance? On a considéré : 1° qu'il était convenable de laisser aux enfants quelques capitaux en réserve, pour l'époque de leur majorité ; — 2° que l'usufruit cessant par l'émancipation, et l'émancipation s'opérant par le mariage, certains parents, plus soucieux de leur intérêt que de celui de leurs enfants, pourraient se refuser à un mariage sortable, en vue de prolonger leur jouissance pendant quelques années encore.

— Les père et mère étrangers peuvent-ils réclamer, en vertu de l'article 384, la jouissance légale des biens immeubles situés en France appartenant à leurs enfants? ⁂ Cette jouissance est un attribut de la puissance paternelle; or, la loi sur la puissance paternelle est une loi personnelle ; par conséquent elle ne régit que les Français. (Demolombe, n° 486.)

Les futurs époux peuvent-ils, par leur contrat de mariage, renoncer d'avance à l'usufruit paternel? ⁂ Cette renonciation, dit Zach., t. 3, p. 401, n'a rien de contraire à l'ordre public; elle ne blesse ni la puissance maritale ni la puissance paternelle; elle n'est interdite par aucune disposition légale : pourquoi donc une semblable clause serait-elle frappée d'inefficacité? ⁂ Demolombe, n° 491, repousse avec raison cette doctrine : Une semblable clause, dit cet auteur, porte atteinte au droit qui appartient au mari comme chef; c'est comme chef de l'union conjugale, en effet, qu'il a l'usufruit légal : elle déroge à la disposition qui attribue

(1) Delv., p. 93, n° 9; Demolombe, n° 484; Toullier et Duvergier, n° 1064, t. 2; Proudhon et Valette, t. 2, p. 262, note *a*; Dur., n° 384; Zach., t. 3, p. 679.

l'usufruit au survivant investi de la puissance paternelle; sous ce double rapport, elle est contraire à la règle de l'article 1388. — Lors de la discussion au conseil d'État, M. Treilhard s'exprimait ainsi : « Cet article ne parle de la puissance paternelle que pour défendre les stipulations qui priveraient le père de son pouvoir sur la personne de ses enfants et de l'usufruit de leurs biens. » (Locré, Légist., t. 13, p. 166.) —Ces renonciations prématurées seraient d'ailleurs nuisibles à l'intérêt général : on ne doit pas permettre aux futurs époux de déjouer d'avance les prévisions de la loi et le régime qu'elle a voulu instituer dans la famille. — On peut bien, par contrat de mariage, renoncer à une succession future : pourquoi donc, disait Pothier, les conjoints ne pourraient-ils renoncer au droit de garde? Sous l'empire du Code, une semblable renonciation serait frappée de nullité (791, 1130, 1389); par conséquent, l'argument se retourne contre ceux qui l'invoquent. (Toullier, t. 12, nº 15; Rodière, Contrat de mariage, nºs 61, 63.)

385 — Les charges de cette jouissance seront :

1º Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers;

2º La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune;

3º Le payement des arrérages ou intérêts des capitaux;

4º Les frais funéraires et ceux de dernière maladie.

=Les père et mère profitent des fruits, ils doivent en supporter les charges : *Fructus non sunt nisi impensis deductis.*

La loi déclare charges de la jouissance :

1º Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers : en effet, la jouissance légale, sans être un véritable usufruit, a beaucoup de rapports avec ce droit. — Nous verrons, au titre de l'usufruit, quelles sont les charges dont le législateur entend ici parler. (*Voy.* art. 600 et suiv.)

Il est bien entendu que l'usufruitier légal ne supporte que les charges usufructuaires des biens dont il perçoit les fruits; les impôts, les réparations, etc., des autres biens, viennent en déduction des fruits que ces biens produisent; par conséquent, l'enfant doit les payer en totalité. (Demolombe, nº 536.)

Les père et mère sont tenus en outre de certaines charges spéciales qui ne pèsent pas sur l'usufruitier ordinaire : elles sont déterminées dans les alinéas suivants.

2º La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune.

Remarquons surtout des différences entre l'obligation imposée par notre article et celle dont il est question dans l'article 203 : quoique les termes de la loi soient identiques, la cause n'est plus la même : l'article 203 crée une obligation légale; l'article 385 crée une obligation conventionnelle, en ce sens que le père, en acceptant l'usufruit, se soumet à cette obligation. — L'une résulte de la nature, du fait de paternité; elle cesse en totalité ou en partie lorsque l'enfant a des biens suffisants pour subvenir à ses besoins (208 et 209); au contraire, le père, usufruitier légal, continue d'être soumis aux charges usufructuaires détermi-

nées par notre article, lors même que l'enfant a d'autres biens non soumis à l'usufruit : en conséquence, la somme nécessaire pour l'éducation des enfants se prélève d'abord sur les revenus des biens dont les père et mère ont la jouissance, et le recours n'a lieu sur les autres biens qu'en cas d'insuffisance de ces revenus : si le père trouve les charges trop onéreuses, il doit renoncer à son droit.

Cette différence n'est pas la seule : l'obligation qui résulte de la paternité ou de la maternité est renfermée dans les limites indiquées par l'article 203, tandis que la charge analogue résultant de l'usufruit légal se calcule, non d'après la fortune du grevé, mais d'après l'importance des biens soumis à l'usufruit.—Les père et mère sont bien tenus personnellement, en leur qualité, de l'obligation dont il est parlé dans l'article 203; mais aucun des objets individuels, dont leur patrimoine se compose, n'est grevé de cette obligation : au contraire, tous les objets soumis à l'usufruit légal sont affectés spécialement à la charge qui pèse sur eux comme usufruitiers : de là cette conséquence, que les créanciers des père et mère ne peuvent saisir et s'approprier les fruits de ces biens que sous la déduction de ce qui est nécessaire pour l'éducation et les aliments de l'enfant. — Il nous semble même rationnel de décider que si, par un sordide intérêt, le père, usufruitier légal avait privé son enfant de l'éducation à laquelle sa fortune lui donnait droit de prétendre, ce dernier, parvenu à sa majorité ou émancipé, serait en droit d'exiger la restitution d'une partie des revenus perçus (1).

3° Le payement des arrérages (2) ou intérêts des capitaux. (Demolombe, nos 540 et suiv.)

Par exemple, si les biens dont le père jouit sont d'une valeur de 50,000 fr., il ne pourra se soustraire aux charges, en alléguant que son fils gagne par son travail une somme suffisante pour se soutenir, ou qu'il a des biens personnels en toute propriété : sans doute il n'est plus tenu de cette obligation comme père, mais il en est tenu comme usufruitier. L'article 385 3° est conçu en termes généraux et absolus. — Vainement objecterait-il que certains biens sont soustraits à sa jouissance : l'usufruit paternel n'est pas moins un usufruit général, reposant sur une universalité. Le titre n'est pas modifié. (Demolombe, n° 540.)

De quels arrérages, de quels intérêts, la loi entend-elle parler ? Sur ce point les opinions sont divisées :

Selon quelques auteurs, il s'agit des arrérages et intérêts échus pendant la durée de l'usufruit paternel : les charges, disent-ils, doivent être en rapport avec la jouissance; l'effet ne peut précéder la cause. Les intérêts et arrérages dus à l'époque de l'ouverture du droit formeraient

(1) Proudhon, t. 1er, p. 185-188, 219 à 223; Dur., nos 174 et 460; — Paris. 19 mars 1823, S., 25. 2, 323; Colmar, 27 janvier 1835, S., 35, 2, 346; — Zach., t. 3, p. 682; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 256; Vazeille, Mariage, t. 2, n° 460; Demolombe, n° 13, t. 4; n° 542, t. 6.

(2) *Arrérages :* prestations périodiques dues pour un capital non exigible. — Le droit à cette prestation s'appelle *rente.* (*V.* 684, 1155, 1212, 1254.)

Intérêts : prestations périodiques dues par un débiteur à son créancier pour la jouissance d'un capital qui sera un jour exigible.

un capital au profit de l'enfant; réciproquement, ceux dont il est tenu doivent former un capital passif à sa charge (1). — Dans ce système, le 3e alinéa de l'article 385 serait sans objet : le 1er suffirait, puisqu'aux termes des articles 608 et 610, les intérêts et arrérages sont à la charge de l'usufruitier : or, on ne peut supposer dans la loi de dispositions inutiles; il faut leur donner un sens, et le seul admissible, c'est que la loi entend ici parler des intérêts et arrérages échus avant l'ouverture du droit. — Quelle a dû être la pensée du législateur? Sans doute, dans son extrême sollicitude pour l'enfant, il a voulu consacrer une règle en dehors du droit commun : son but a été de laisser les capitaux intacts, de ne pas les entamer par des arrérages ou intérêts devenus exigibles au moment de l'ouverture du droit. — Exemple : la mère de l'enfant décède; dans le passif de la succession, se trouve une rente de 100 fr. qu'elle devait à un tiers : un semestre d'intérêts (50 fr.) est dû ; le père sera tenu d'acquitter cette somme sans pouvoir se faire indemniser par l'enfant. — Cette mesure semble rigoureuse au premier abord ; mais elle se justifie, si l'on considère : 1° que l'usufruit légal étant une pure munificence, il n'y a rien d'exorbitant à grever de quelque charge celui qui doit en profiter ; 2° que cette charge sera d'ailleurs bien légère, puisqu'elle se couvrira par les revenus de quelques mois. Au surplus, libre au père de ne point accepter ce bénéfice de la loi. — La règle qui nous occupe n'est pas nouvelle; elle est empruntée de la coutume de Paris : cette coutume imposait au gardien la charge de toutes les dettes mobilières existantes au moment de l'ouverture du droit (2); dettes qui ne pouvaient guère consister, ainsi que nous l'avons exposé dans nos observations préliminaires (p. 256), que dans quelques intérêts ou arrérages arriérés.

4° Les frais funéraires et ceux de dernière maladie.

La question soulevée sur le 3° de l'article 385 s'élève également sur le 4°.

De quels frais entend-on parler dans ce 4e paragraphe? Est-ce de ceux de l'enfant, ou de ceux des personnes dont il a hérité? Conséquent avec l'opinion qu'il a émise sur les arrérages des rentes et sur les intérêts des dettes mobilières existantes au moment où le droit s'est ouvert, Delvincourt, p. 97, n° 4, décide qu'il s'agit des frais funéraires et de dernière maladie de l'enfant. — Mais les considérations qui ont motivé notre décision sur le 3° se représentent : il s'agit également ici d'une charge spéciale, en dehors du droit commun ; il faut, par conséquent, supposer que la loi entend parler des frais qui étaient dus lors de l'ouverture du droit; en d'autres termes, des frais funéraires et de dernière maladie des personnes auxquelles l'enfant a succédé. Telle était la doctrine généralement admise sous le droit coutumier (*voy.* Pothier, Introd. au titre des fiefs, n° 341); doctrine que les auteurs du Code

(1) Dur., n° 401; Delv., p. 97, n° 4; — Lyon, 16 février 1835, D., 1835, 2, 110.

(2) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 256 et 257; Zach., p. 683, t. 3; Revue de droit français et étranger, 1845, p. 660, n° 2; Demolombe, n° 544.

civil ont entendu consacrer. — Appliqués à l'enfant, ces mots : *dernière maladie*, seraient d'une inexactitude évidente; car l'usufruitier ordinaire est tenu, non-seulement des frais de la dernière maladie, mais encore de toutes les maladies de l'enfant.

Le système contraire entraîne des contradictions étranges, des conséquences évidemment inadmissibles : il est dans la pensée du législateur que la charge imposée à l'usufruitier tourne à l'avantage de l'enfant : or, précisément, dans ce système, elle profiterait à des collatéraux peut-être au 12e degré. — Le texte même repousse une semblable interprétation : pourquoi met-on les frais au compte de l'usufruitier légal? parce qu'on suppose l'enfant encore vivant : si l'enfant est vivant, il ne peut être question des frais qui le concernent. D'ailleurs, on n'a pu prévoir que l'enfant mourrait avant le père (1). — Au surplus, cette disposition a été calquée sous le droit coutumier ; or, la coutume obligeait le gardien à acquitter les mineurs des frais funéraires du prédécédé. (Pothier, Intr. au titre des fiefs, n° 341.)

Les frais de deuil de la veuve de celui à qui l'enfant a succédé sont-ils compris dans les *frais funéraires?* Sous l'empire des coutumes, ces frais étaient supportés par le gardien : or, les rédacteurs du Code, nous le répétons, ont entendu admettre ici les règles du droit coutumier (2).

Des principes que nous venons d'exposer, nous déduirons les conséquences suivantes :

1° Les ayants droit ont une action directe contre l'usufruitier légal, pour les causes déterminées dans les trois derniers alinéas de l'art. 385.

2° L'usufruitier légal peut opposer à l'action dirigée contre lui toutes les fins de non-recevoir que l'enfant lui-même aurait pu invoquer; notamment, les effets de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire (802), puisque l'enfant n'est devenu héritier que sous cette condition (461).

3° Il peut se soustraire, par l'abandon de son droit, aux poursuites dirigées contre lui, car il n'est pas tenu personnellement, mais comme détenteur.

4° L'enfant n'est pas moins tenu directement, envers les créanciers, des arrérages ou intérêts dont il s'agit : en effet, il n'y a point eu novation; aucun texte ne le déclare : seulement, le tuteur du mineur sera fondé à mettre en cause l'usufruitier, pour qu'il ait à désintéresser le poursuivant. — Telle était la règle de l'ancien droit de garde. (Proudhon, Usuf., n° 218 ; Demolombe, n° 551.)

— Le no 3 de l'article 385 est-il applicable aux arrérages des rentes *foncières*,

(1) Zach., t. 3, p. 684; Vazeille, Mariage, t. 2, n° 441; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 259; Proudhon, Usuf., t. 1er, nos 210 et 211; Toullier, n° 1069; Dur., n° 402; Malleville sur l'article 385; Demolombe, n° 547; — Lyon, 16 février 1835, D., 1835, 2, 110; Caen, 20 décembre 1840, Dev., 1841, 2, 3.

(2) Proudhon, Usuf., t. 1er, nos 212 et 213; Vazeille, Mariage, t. 2, n° 442; Zach., t. 3, p. 684; Demolombe, n° 548.

ou de ceux qui proviennent de rentes viagères? Cette disposition, dit Proudhon, v° Usuf., t. 1er, nos 206 et 207, est exceptionnelle; or, elle ne concerne que les arrérages des capitaux : la rente viagère n'est pas le revenu d'un capital, mais le produit d'une convention aléatoire. — Quant à la rente foncière, on peut la considérer comme faisant partie de l'immeuble aliéné. Sous l'empire du Code civil, nous n'admettons pas ces restrictions : les rentes, quelle que soit leur cause, représentent des capitaux; elles ont été mobilisées.— D'ailleurs, dans la pensée du législateur, le mot *arrérages*, employé dans l'article 385, s'applique aux rentes, comme le mot *intérêts* s'applique aux capitaux : c'est en ce sens qu'ils ont été employés dans les articles 584, 588 et 2277 (1).

Pourrait-on appliquer l'article 385 3° aux loyers et fermages dus lors de l'ouverture du droit? Doit-on compléter les termes de l'article 385 3° par ceux de l'article 2277? Ce serait aller trop loin; le poids de cet arriéré deviendrait trop lourd pour l'usufruitier légal. — Le texte ne s'explique ni quant aux loyers des maisons, ni quant aux fermages. (Demolombe, no 546.)

386 — Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé, et elle cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage (2).

= Le divorce étant aboli, la première disposition de l'article 386 n'a plus d'objet. — Passons à la seconde.

La mère survivante n'a droit à la jouissance des biens de ses enfants que pendant sa viduité : elle cesse d'en profiter quand elle se remarie.

Lors même qu'elle deviendrait veuve de nouveau, elle ne serait pas réintégrée dans ce droit : en effet, la loi ne dit pas que la jouissance est *suspendue*, mais qu'elle *cesse* par le mariage de la mère : il faudrait donc, pour la faire revivre, une disposition formelle qui ne se trouve nulle part. (Delv., p. 97, no 8; Proudhon, t. 1er, p. 144; Dur., no 386; Vaz., no 470, t. 2.)

La loi ne parle pas du père remarié : nous concluons de là qu'en se remariant, il n'encourt pas de déchéance. — Pourquoi est-il traité plus favorablement que la mère? On donne pour raison que, par son second mariage, la mère passe dans une autre famille, et qu'elle enrichirait, au préjudice de ses enfants d'un premier lit, son nouvel époux. (Locré, Législ. civ., t. 7, p. 65.)—Mais ce motif n'est pas suffisant, car on peut en dire autant du père : la véritable raison est que la mère, en se remariant, se place sous la dépendance d'un second mari qui, prenant l'administration, pourrait disposer à son gré des revenus des enfants du premier lit, et même, jusqu'à un certain point, se les approprier; tandis que le mari reste toujours chef de la famille. — Ajoutons que, sous presque tous les régimes, les fruits et revenus qui appar-

(1) Demolombe, no 545; Vazeille, Mariage, t. 2, nos 438 et 439; Valette sur Proudhon.

(2) Cet article abolit implicitement une loi de nivôse an II, laquelle réputait non écrite toute condition qui pouvait entraver les mariages,

tiennent à la femme sont perçus par le mari. — C'est encore là un vestige de l'ancienne garde noble et bourgeoise.

— L'usufruit éteint par le nouveau mariage de la mère revit-il, si ce deuxième mariage est ensuite déclaré nul? ⁂ Quelques auteurs distinguent : suivant eux, si le mariage a été contracté de bonne foi, la jouissance légale ne peut renaître, car ce mariage a produit des effets civils (arg. des art. 201 et 202); *secùs*, si la mère a été de mauvaise foi; elle conserve alors l'usufruit légal : l'usufruit renaît, ou plutôt il continue; car la loi ne punit pas l'intention : *quod nullum est, nullum producit effectum* (1). ⁂ Cette distinction serait très-injuste : traiter moins sévèrement le coupable que l'innocent, ce serait là une inconséquence choquante, une règle subversive de tous les principes moraux et juridiques : évidemment, elle n'a pu entrer dans la pensée du législateur.—Le texte de l'art. 386 porte : « La jouissance légale cessera pour la mère dans le cas d'un deuxième mariage; » il ne distingue pas si le mariage est valable ou s'il est annulable; c'est le fait de la célébration consentie par la femme, que la loi entend frapper. Assurément, la perte de la jouissance n'est pas un des effets du mariage; mais la nullité ne doit pas plus empêcher l'application du principe établi par l'article 386, qu'elle ne mettrait obstacle à l'application de la peine prononcée par l'article 340 du Code pénal. (Proudhon, t. 1er, no 144; Demolombe, no 563.)

Quid si le consentement de la mère avait été arraché par violence? ⁂ L'usufruit continuerait; il ne s'agirait plus que d'un pur fait, sans volonté et sans intention; on ne saurait dire qu'il y a eu renonciation à l'usufruit légal. (Proudhon, Usuf., t. 1er, no 144; Zach., t. 3, p. 685.)

Quid si la mère remariée est redevenue veuve? ⁂ L'usufruit, une fois éteint, ne peut renaître qu'en vertu d'une disposition légale; or, aucun texte ne fait revivre ce droit au profit de la mère remariée. — La jouissance *cessera*, porte l'article 386; il n'est pas dit qu'*elle sera suspendue.*— Ce n'est point là convertir en un fait illicite le deuxième mariage; c'est constater une conséquence légale de ce fait. — D'ailleurs, le nouveau mariage a modifié d'une manière considérable les rapports de la mère avec ses enfants du premier lit; il a pu donner le jour à d'autres enfants (2).

Quid si l'inconduite de la veuve est notoire, par exemple, si elle a donné le jour à des enfants naturels, ou si elle vit publiquement et maritalement avec un homme qui s'est installé dans la maison? Doit-on lui faire l'application de l'article 386? ⁂ Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : puisque la mère perd l'usufruit légal lorsqu'elle se remarie, à plus forte raison doit-elle subir cette sorte de peine lorsqu'elle donne à ses enfants de mauvais exemples.— Comment croire qu'elle conserve l'usufruit légal, nonobstant son inconduite notoire, quand elle peut être privée, pour cette cause, de l'administration de la personne et des biens de ses enfants (324)?—Pothier (Cout. d'Orléans, Introd. au titre des fiefs, no 346) nous apprend que « la garde noble finissait pour cause de débauche publique à l'égard » d'une gardienne. » Enfin, on peut argumenter de la novelle 30, cap., § 1er, et de la loi 7, Cod. de revoc. don. (3). ⁂ Nous n'admettrons pas cette opinion : la privation de l'usufruit légal est une peine; or, toute peine doit résulter d'un texte

(1) Dur., no 387, t. 3; Vazeille, Mariage, t. 2, no 470; Valette sur Proudhon.

(2) Delv., t. 1er, p. 93, no 8; Proudhon, Usuf., t. 1er, no 144; Vazeille, Mariage, t. 2, no 470; Dur., no 386, t. 3; Demolombe, no 562.

(3) Delv., p. 67, no 8; Proudhon, Usuf., t. 1er, no 146; — Limoges, 16 juillet 1807 et 2 avril 1810, S., 1813, 2, 290; 23 juillet 1824, S., 1826, 2, 169, Dev. Pal.

formel (arg. de l'art. 335 C. P.) : l'article 386 suppose le cas d'un deuxième mariage ; il ne parle pas de l'inconduite.—A la vérité, la mère peut perdre la tutelle de ses enfants pour cette cause (444), lorsqu'elle est notoire ; mais autre chose est la tutelle, autre chose est la puissance paternelle : or, l'usufruit légal est un attribut de cette autorité. — Remarquez, d'ailleurs, que dans le cas de l'article 386 l'extinction de l'usufruit légal a lieu de plein droit ; dans l'espèce, il faudrait un acte d'instruction : donc les deux hypothèses ne peuvent être soumises à la même règle.— Sans doute la mère est coupable ; mais son inconduite causera moins de tort réel à ses enfants qu'un nouveau mariage. Il peut arriver que les dérèglements n'aient pas éteint dans son cœur l'amour maternel, et qu'elle ne détourne pas les revenus de ses enfants de la destination qu'ils doivent recevoir (1).

387 — Elle ne s'étendra pas aux biens que les enfants pourront acquérir par un travail et une industrie séparés, ni à ceux qui leur seront donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas (2).

= La jouissance légale des père et mère s'étend en général à tous les biens de leurs enfants : toutefois, ce principe souffre exception dans trois cas :

1° Lorsque les enfants ont acquis ces biens par un travail et une industrie *séparés :* c'est là une sorte de pécule quasi castrense, un encouragement aux habitudes d'ordre, d'économie et de travail. Déjà nous avons eu occasion, en parlant de la femme marchande publique, de déterminer le sens de cette expression : *travail et industrie séparés.* (*Voy.* nos observations sur l'article 220). — Pour que la séparation existe, il faut que les professions soient distinctes ; que le travail ou l'industrie ait pour objet des choses étrangères aux affaires du père ; car celui-ci a le droit d'employer à l'exercice de son négoce les talents naissants de son fils. (Proudhon, Usuf., n° 149, t. 1er.) — Supposons le père jardinier, et le fils ou la fille, domestique à gages chez autrui ; le père tailleur, et le fils maître d'études dans une pension ; le père banquier, et le fils employé dans une administration, ou clerc de notaire : dans ces divers cas, l'enfant conservera, sans aucun doute, en pleine propriété, ce qu'il aura gagné, qu'il habite avec son père ou qu'il demeure hors de la maison paternelle.—Mais le travail et l'industrie ne seraient pas séparés, si le fils travaillait chez son père, notaire, avoué ou commerçant, ou s'il voyageait pour la maison : dans ces divers cas et autres semblables, l'article 387 ne recevra pas d'application ; sauf ensuite au père à récompenser ceux de ses enfants dont il aura utilisé les talents ou les services ; ce sera là un acte de conscience et de justice.

2° Lorsque les biens ont été dévolus à l'enfant par suite de l'indignité de son père ou de sa mère, qui y avait été d'abord appelé (730).—

(1) Dur., n° 388, t. 3 ; Zach., t. 3, p. 685 ; Demolombe, n° 565 ; Valette sur Proudhon ; — Aix, 30 juillet 1813, S., 1814, 2, 70 ; D., 1814, 2, 29 ; Cass., 19 avril 1843, Dev., 1843, 1, 385 ; Paris, 28 décembre 1810 ; D., t. 11, p. 911, nos 1 et suiv. ; Dev. Pal.

(2) Nonobstant cette expression, il faut tenir pour règle que la jouissance légale cesse toutes les fois qu'elle est incompatible avec la volonté manifestée même tacitement par le testateur.

La loi n'a pas voulu que l'indigne pût jouir des biens, même à tout autre titre que celui d'héritier; elle s'est proposé d'assurer les effets de l'indignité. Si c'est le père qui a été déclaré indigne, la jouissance ne commencera pour la mère qu'à partir de son veuvage. — Quant à l'indignité de la mère, elle ne peut évidemment porter atteinte à la jouissance du père (1).

3° Lorsque les biens ont été donnés ou légués à l'enfant, sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas. — Le disposant peut mettre à sa libéralité telles conditions qu'il juge convenables, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire aux mœurs. Toutefois, comme c'est là une exception, la loi veut que la condition soit *expresse* : dans le doute, il faut dès lors prononcer en faveur de l'usufruit, conformément aux principes généraux. (Comp. 384, 1158 et 1162.)

Du reste, il n'existe pas de termes sacramentels; la condition est expresse dès qu'elle résulte clairement de l'acte (arg. de l'art. 1273) : il suffirait, par exemple, que le disposant eût indiqué l'emploi que devront recevoir les fruits ou revenus ; l'exécution de la libéralité soumise à cette condition serait incompatible avec l'usufruit paternel.

De ce que les père et mère n'ont pas la jouissance, gardons-nous de conclure que l'administration des biens leur soit enlevée : ils deviennent seulement comptables du capital et des intérêts. Mais ils pourront retenir, sur les fruits par eux perçus, les frais de nourriture, d'entretien et d'éducation de l'enfant; car ils ne lui doivent d'aliments, aux termes de l'article 203, qu'autant qu'il se trouve dans le besoin.

En déclarant que l'enfant conserve la jouissance des biens qu'il a gagnés par son travail ou son industrie, l'article 387 garde le silence sur le droit d'administration : il est par conséquent dans son esprit que le père administre, quoiqu'il n'ait pas la jouissance. (Demolombe, n° 305.)

Un avis du conseil d'État, du 30 janvier 1811, refusait aux père et mère la jouissance légale des biens compris dans un majorat. Mais les majorats et la loi du 1er mai 1826, qui en réglait la dévolution, ont été abolis par la loi du 30 juin 1849.

— Supposons que la mère ait été déclarée indigne : si le père a été condamné comme complice du fait, sera-t-il privé de l'usufruit légal? ⇝ Sans doute, l'indignité n'est prononcée que contre l'héritier; mais pourtant, accorder au complice un avantage refusé à l'indigne, ne serait-ce point méconnaître le but essentiel de la loi ? (Demolombe, n° 518.)

Le cas de renonciation doit-il être placé sur la même ligne que le cas d'indignité ? ⇝ Non évidemment; les mêmes raisons de moralité n'existent plus. — D'ailleurs, le père a renoncé comme héritier, mais il n'a pas renoncé aux attributs de la puissance paternelle. (Demolombe, n° 520.)

La clause de l'acte portant libéralité, par laquelle on refuse au survivant des père et mère la jouissance des biens donnés, est valable, assurément, pour la

(1) On critique cette décision : il semblerait plus rationnel, en effet, d'admettre que les deux époux se trouvent atteints par l'indignité, autrement l'exclusion devient illusoire. (Proudhon, Usuf., t. 1er, n° 155; Demolombe, n° 518.) Mais fallait-il frapper l'innocent pour punir le coupable ?

quotité disponible ; mais doit-elle s'étendre également à la quotité réservée à l'enfant dans la succession du disposant? Cette question était controversée sous l'ancienne jurisprudence : elle divise encore les auteurs modernes.

La réserve, disent des autorités graves, n'est établie que dans l'intérêt de l'enfant; lui seul, par conséquent, peut demander la réduction (921). Accorder au père ou à la mère le droit d'attaquer la disposition, ce serait donc retourner contre l'enfant un principe établi en sa faveur. Il n'y a point, en ce cas, d'atteinte portée à la réserve; loin de là, le droit du réservataire n'est que plus entier et plus complet (1).

On répond ainsi : la réserve est conférée par la loi ; l'auteur de la disposition ne peut grever cette quotité d'aucune charge ni condition ; or, la condition par laquelle le disposant prive le père de l'usufruit altère, dans la personne de l'enfant, son droit de réserve ; par conséquent elle donne ouverture à réduction.—Le droit de l'enfant, dit-on, n'est que plus complet : erreur; il est au contraire diminué; car il peut arriver que la clause préjudicie gravement à l'enfant ; par exemple, si le père, offensé par la privation du droit de jouissance, refuse désormais de faire face aux frais d'éducation ou d'établissement qu'il avait l'intention de supporter seul.—D'ailleurs, l'usufruit légal prend naissance au moment où l'enfant devient propriétaire : ce droit résulte également de la loi ; dès lors, l'usufruitier doit avoir, pour le faire respecter, l'action qui appartient à l'enfant pour obtenir sa réserve. — Il est inexact de prétendre que ce dernier seul peut demander la réduction; nous établirons plus loin (art. 921) que cette action n'est pas exclusivement attachée à sa personne : supposons que l'enfant ait contracté une société universelle de tous biens présents et futurs; refuserait-on aux associés le droit de demander la nullité de la condition mise par l'ascendant à sa libéralité? Or, la position du père est la même que celle des associés de tous biens. — Arg. de l'article 581 Pr. Aux termes de cet article, le disposant ne peut déclarer insaisissables que les sommes ou objets disponibles. — Ajoutons qu'il est moral, et en quelque sorte d'ordre public, de paralyser de semblables dispositions : *moral*, car elles blessent l'équité ; d'*ordre public*, parce qu'elles donnent lieu à des comptes détaillés, sources de contestations toujours fâcheuses entre un père et ses enfants.— L'article 387, il est vrai, les autorise; mais cet article suppose qu'il s'agit de biens donnés ou légués : or, la réserve n'est ni donnée ni léguée. — Au résumé, la réserve de l'enfant doit être, vis-à-vis de l'usufruitier légal, franche et libre de toutes charges et conditions dérogatoires au droit commun (2).

Comment s'éteint l'usufruit légal des père et mère.

La jouissance légale des père et mère cesse :

1° Par la mort (naturelle ou civile) de l'enfant : les ayants droit sont alors appelés à prendre part dans sa succession.—Nous verrons (*infrà*, al. 8) que l'usufruit légal ne dure pas aussi longtemps que la puissance paternelle ; il ne peut donc survivre à cette autorité.

2° Par la mort naturelle ou civile du survivant (le prédécès de l'un des époux n'entraîne pas l'extinction du droit) (384).

(1) Malleville; Delv. sur l'article 387; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 264 ; Duvergier sur Toullier, t. 2, n° 1067, note *a*.

(2) Proudhon, t. 2, p. 263, Usufruit, n° 152; Toullier, n° 1067; Dur., n° 376; Vazeille, Mariage, n° 447, t. 2; Delv., p. 93, n° 6; Zach., t. 3, p. 681 ; Demolombe, n° 513 ; — Cass., 11 novembre 1828, S., 1830, 1, 78, Dev. Pal.

3° Dans le cas de condamnation du survivant pour avoir excité, favorisé ou facilité la débauche ou la corruption de ses enfants (art. 334 et 335 C. pén.).

Observons que la déchéance n'est pas bornée à la jouissance des biens de ceux des enfants dont les mœurs ont été corrompues : la puissance paternelle cesse à l'égard de tous les enfants, lors même qu'ils seraient d'un autre lit; l'article 387 est conçu en termes généraux et absolus. Le père (ou la mère) condamné pour un fait de cette nature n'inspire plus aucune confiance; il a compromis son caractère; il s'est rendu indigne des faveurs de la loi (Dur., n° 384) (1).

4° Par l'abus de la jouissance (618 C. C.).

5° Par la renonciation du survivant à son droit de jouissance : la loi entend accorder une faveur aux père et mère, et nullement leur imposer un fardeau.— On objectera que les père et mère contractent l'obligation d'acquitter les charges, en acceptant tout d'abord l'usufruit : nous répondrons qu'il n'y a point là contrat, obligation personnelle, mais charges de la jouissance; que les père et mère sont tenus des charges, à raison de ce qu'ils perçoivent les fruits.

Mais dans quelle forme la renonciation doit-elle être faite? Duranton, n° 403, t. 3, et Demolombe, n° 488 et 489, enseignent qu'elle peut résulter d'une déclaration devant un notaire ou devant un conseil de famille : nous ne voyons pas quel autre mode on pourrait suivre.— Peut-être le renonçant agira-t-il prudemment en notifiant sa renonciation au subrogé tuteur de l'enfant, et, s'il n'a pas la tutelle, au tuteur; car il s'agit de régler des intérêts pécuniaires.

6° Par le mariage de la mère devenue veuve.

7° Lorsque l'époux survivant a négligé de faire inventaire des biens communs dans les trois mois qui ont suivi le décès de son conjoint. Mais ce délai peut être prorogé (1442). — L'inventaire constate l'importance des biens à partager.—La déchéance est une peine qui a pour but de mettre les enfants à l'abri des détournements.

Puisque cette disposition est pénale, on doit la restreindre dans ses termes; or, il faut observer : 1° que la loi suppose le cas de dissolution de la communauté (légale ou conventionnelle), arrivée par le prédécès de l'un des époux; d'où il faut conclure qu'elle ne serait point applicable si les époux s'étaient mariés sous tout autre régime, c'est-à-dire, sous le régime dotal (1540-1581), de séparation de biens (1536-1539), ou d'exclusion de communauté (1529-1539); ou si la dissolution avait eu lieu par tout autre cause; par exemple, si le mariage avait été déclaré nul; — 2° que la déchéance de l'usufruit s'applique seulement aux biens communs, et nullement aux biens provenant de toute autre source (2).

(1) *Voy.* cep. Demolombe, n°s 561, 557 et 558; Maguin, Des minorités, t. 1er, n° 302. — Ces auteurs enseignent que la condamnation n'enlève au père ou à la mère que la jouissance des biens de l'enfant envers lequel il a commis le délit. Il s'agit d'une peine, disent-ils; or, l'article 335 C. pén. ne prononce de déchéance qu'à l'égard des droits et avantages accordés sur la personne et sur les biens de l'enfant.

(2) Demolombe, n°s 566-580; Zach, p. 469; Dur., n° 390; Rellot des Minières, n° 84, t. 2

8° Lorsque l'enfant est parvenu à l'âge de dix-huit ans accomplis (384). — Ainsi, l'usufruit légal ne dure pas aussi longtemps que la puissance paternelle (Comp., art. 372, 384 et 389).

9° Enfin par l'émancipation de l'enfant (372, 476 et 478).

Lorsque le divorce était en vigueur, celui des époux contre lequel il avait été prononcé perdait la jouissance légale. Mais le temps prolongé qui s'est écoulé depuis l'abolition de cette institution (loi du 8 mai 1816) rend inutiles tous les développements dans lesquels nous pourrions entrer sur ses effets. — Nous avons résolu négativement la question de savoir si la déchéance devait s'étendre au cas de séparation de corps. (*Voy.* art. 386, quest.)

Nonobstant les nombreux rapports qui existent entre l'usufruit paternel et l'usufruit ordinaire, on signale, quant aux causes d'extinction, de notables différences entre l'un et l'autre droit (617). Ainsi, l'usufruit légal ne s'éteint point par le non-usage, quelque prolongée qu'ait été l'abstention; car c'est là un attribut de la puissance paternelle. — Il cesse lorsque l'enfant est parvenu à sa dix-huitième année, ou par son émancipation. — Le cas de perte totale de la chose est inapplicable, puisque l'usufruit paternel ne porte pas seulement sur un corps certain et déterminé (624), mais sur une généralité. — Même remarque à l'égard de la consolidation ou réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire; car les père et mère ne peuvent se rendre acquéreurs des biens de l'enfant. — D'un autre côté, nous avons déterminé des causes d'extinction spéciales au cas d'usufruit légal. (*Voy.* 3°, 6°, 7°, 8°, 9°.)

Restent donc la mort naturelle ou civile, la renonciation de l'usufruitier à son droit, l'abus de la jouissance : ces causes sont seules communes à l'un et à l'autre droit.

— L'usufruit renaît-il, si l'émancipation est révoquée (ce qui peut avoir lieu aux termes de l'article 485)? — Point de difficultés quant aux fruits échus ou perçus avant la révocation : ils sont acquis irrévocablement au père ou à la mère.—Mais revît-il pour l'avenir? ✓ Demolombe, n° 555, se prononce pour l'affirmative; il se fonde sur les raisons suivantes : — 1° l'extinction de l'usufruit paternel n'a eu pour cause que l'émancipation : or, l'émancipation est révoquée; donc tous ses effets légaux doivent cesser; — 2° l'article 484 porte que le mineur émancipé pourra être privé du bénéfice de l'émancipation : or, la cessation de l'usufruit est un bénéfice de l'émancipation; donc l'usufruit doit renaître; — 3° l'article 486, il est vrai, contient ces mots : *rentrera en tutelle;* mais ils signifient : rentrera en *puissance paternelle*; — 4° en émancipant son enfant, le père n'a pas renoncé à l'usufruit, comme on l'a prétendu à tort; il a renoncé à la puissance paternelle : or, cette puissance lui est restituée; — 5° il n'est pas exact de dire que la révocation s'opère dans le seul intérêt de l'enfant; elle a un certain caractère de correction. ✓ Quoi qu'il en soit, la décision contraire est généralement admise; et d'abord, fixons-nous sur un premier point : si l'usufruit ne peut subsister sans la puissance paternelle, la puissance paternelle peut parfaitement subsister sans l'usufruit légal : la renonciation tacite résultant de

Proudhon, Usuf., t. 1er, nos 161 et 162; — Toulouse, 19 décembre 1839, Dev., 1840, 2, 164; Caen, 7 juillet 1845.

l'émancipation est un bénéfice que le père ou la mère a procuré à l'enfant ; c'est un véritable abandon fait en vue de l'avantager : pour que la restitution de ce droit eût lieu, il faudrait un texte formel; or, ce texte n'existe pas.—Et d'ailleurs, la révocation de l'émancipation n'est pas une peine, mais un bénéfice de la loi, un moyen de correction ; par conséquent il ne saurait en résulter de déchéance. —Voyez où nous entraînerait le système que nous combattons : l'émancipation, aux termes de l'article 485, peut être retirée, en suivant les mêmes formes que celles qui ont été observées pour la conférer; or le père a émancipé l'enfant par sa seule volonté : il faudrait donc admettre qu'il serait libre à lui de ressaisir l'usufruit légal, et cela pour son seul intérêt (1) ?

De la puissance paternelle relativement à l'enfant naturel.

Nous avons distingué, relativement à la filiation légitime, deux sortes de puissance paternelle : l'une qui se prolonge pendant toute la vie des père et mère ou autres ascendants ; l'autre qui a pour terme la majorité ou l'émancipation de l'enfant (*voyez* page 239). — La même division se représente à l'égard des enfants naturels : il faut seulement observer que les ascendants des père et mère leur sont civilement étrangers.

Inutile de dire qu'il ne peut être question ici que des enfants naturels simples : évidemment, les père et mère adultérins ou incestueux ne sauraient avoir la puissance paternelle.

Nous aurons à considérer les effets de la puissance paternelle sous le double rapport de la personne et des biens de l'enfant naturel.

383 — Les articles 376, 377, 378 et 379 seront communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus.

= Quatre articles seulement du titre de la puissance paternelle (ceux qui concernent le droit de correction) sont déclarés communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus : doit-on conclure de là que les articles 371, 372, 374, 380, 381, 382 et 384 ne leur sont pas applicables?

Le législateur n'a pas jugé nécessaire de s'expliquer sur l'article 371 ; car cet article consacre un précepte de morale : nul doute que l'enfant naturel se trouve soumis, comme l'enfant légitime, à des devoirs d'honneur et de respect envers ses père et mère (371). Les enfants incestueux ou adultérins eux-mêmes, dans les cas où, par exception, leur filiation est établie, n'en sont pas dispensés.

Quant aux articles 372 et 374, on doit les considérer comme des conséquences de cette sorte de prémisse. La pensée du législateur sur ce point nous est d'ailleurs suffisamment révélée par l'ensemble des dispositions qu'il a rappelées dans l'article 383 : comment, en effet,

(1) Toullier, n° 1305; Dur., n° 396, t. 3; Zach., t. 1er, p. 269, et t. 3, p. 685, n° 23.

les père et mère auraient-ils le droit de correction, s'ils n'étaient chargés de la direction et de l'éducation de leurs enfants? D'ailleurs, tous les articles qui règlent les rapports juridiques des père et mère avec leurs enfants naturels confirment ce principe. (*Voyez* les articles 158, 203, 346, etc.)

Le projet contenait un article (l'article 6) ainsi conçu : « Les articles du présent titre seront communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus. » (Locré, Législ., t. 7, p. 14.) Cet article a été supprimé comme trop général; car on aurait été fondé à conclure que les dispositions relatives à l'usufruit légal s'appliquaient aux père et mère naturels.

Dominé par cette pensée, le législateur a rédigé l'article 383 tel qu'il nous est parvenu; mais cette rédaction est évidemment trop restreinte; il faut y suppléer.

Nous examinerons successivement :

1° A qui, du père ou de la mère, appartiennent la garde et l'éducation de l'enfant, lorsqu'il a été reconnu par l'un et par l'autre?

2° Comment s'exerce le droit de correction?

3° Quels sont les droits des père et mère naturels sur les biens de l'enfant?

Nul doute que les père et mère naturels peuvent prendre des arrangements particuliers relativement à la garde et à l'éducation de leurs enfants : il n'y a rien là de contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs (1). Les tribunaux, en vertu du pouvoir discrétionnaire dont ils sont investis, auront d'ailleurs la faculté de réformer ces arrangements, s'ils sont nuisibles aux intérêts de l'enfant.

Point de difficultés si l'enfant n'a été reconnu que par son père ou par sa mère seulement : mais que décider lorsqu'ils réclament l'un et l'autre l'exercice de la puissance paternelle? Deux systèmes sont en présence :

Premier système : Les père et mère naturels ont concurremment l'exercice de la puissance paternelle; leurs titres sont égaux; la garde et l'éducation de l'enfant appartient à l'un et à l'autre, puisque la loi n'établit point de prééminence entre eux : cette conséquence résulte des termes généraux de l'article 383. — Les père et mère naturels se trouvent sous ce rapport dans la même position que des époux divorcés; par conséquent, ce n'est point l'art. 373 qu'il faut appliquer, mais l'article 302. — Le tribunal ordonnera telles mesures qu'il jugera convenables pour le plus grand intérêt de l'enfant (2).

Deuxième système : La garde et l'éducation de l'enfant appartiennent au père naturel. On ne saurait admettre que le législateur ait voulu attribuer en même temps une égale autorité au père et à la mère; car cet état de choses donnerait lieu à des conflits et à des tiraille-

(1) Demolombe, n° 625; Dur., n° 360, t. 3; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 248, note *a;* Delv., p. 98, n° 2; — Caen, 27 août 1828, D., 1830, 2, 246; Amiens, 12 août 1837, D., 1838, 2, 157.

(2) Toullier, n° 1076, t. 2; Dur., t. 3, n° 360; Vazeille, Mariage, t. 2, n° 474.

ments continuels qui paralyseraient souvent toutes mesures. La prééminence du sexe doit donc l'emporter : l'enfant porte le nom du père, il prend sa nationalité, il doit obtenir son consentement en cas de mariage (158) : toutes ces circonstances démontrent qu'il faut adopter, par voie d'analogie, les règles établies sur ce point à l'égard des enfants légitimes.

L'article 302 ne peut recevoir ici d'application. — Cet article suppose que le tribunal actuellement saisi de l'action en divorce est appelé à statuer, comme conséquence, sur le sort des époux et sur le sort des enfants : dans notre hypothèse, il n'existe point de contestation préalable (1).

Au surplus, les tribunaux sont investis d'un pouvoir souverain pour tout ce qui touche à la garde et à l'éducation des enfants ; ils réprimeront les abus d'autorité que pourraient commettre les père et mère. — Les enfants naturels méritent d'autant plus d'intérêt, ils ont d'autant plus de titre à la protection des magistrats, qu'ils ne se rattachent à aucune famille, et subissent dans le monde les conséquences de la faute de leurs parents.

En cas de conflit, ils interviendront nécessairement pour statuer sur la garde de l'enfant, et sur le genre d'instruction qu'il devra recevoir.

Suivant les circonstances, ils confieront le droit d'éducation, soit au père, soit à la mère, soit à un tiers. — En général, ils chargent la mère des soins qu'exige la première enfance (2), surtout lorsqu'il s'agit d'une fille.

Ce système nous paraît conforme à l'esprit de la loi.

A qui, du père ou de la mère, appartient le droit de correction ? A celui qui est chargé de la garde et de l'éducation de l'enfant, car ce droit est un attribut de l'exercice de la puissance paternelle. Mais les tribunaux, nous le répétons, peuvent toujours intervenir pour déterminer les mesures à prendre, eu égard au plus grand intérêt de l'enfant.

Comment doit s'exercer le droit de correction? La loi détermine deux modes : la voie d'autorité et la voie de réquisition : mais rappelons-nous qu'en certains cas, ce droit est complétement anéanti relativement à l'enfant légitime, et que, dans d'autres, il est seulement modifié. Ces distinctions sont-elles applicables en matière de filiation naturelle? Le doute vient de ce que l'article 383 ne relate point les articles 380, 381 et 382 ; de là naissent les questions suivantes :

Relativement au père, peut-il, bien qu'il se soit marié, faire détenir son enfant par voie d'autorité?

Que doit-on décider dans le même cas *relativement à la mère?*

(1) Zach., t. 4, p. 85; Demolombe, n° 629.

(2) Vazeille, Mariage, t. 2, n° 473; Zach., t. 4, p. 85; Toullier, t. 2, n° 1076; Merlin, Rép., v° Éducation, § 2; Loiseau, Enfants naturels, p. 350-357; Demolombe, n° 630; — Agen, 16 frimaire an XIV, S., 1823, 2, 91; Caen, 27 août 1827, D., 1830, 2, 245; Paris, 4 juillet 1836, Dev., 1838, 2, 444.

La mère peut-elle faire détenir son enfant, non-seulement par voie de réquisition, mais encore par voie d'autorité, si l'enfant a moins de seize ans?

Doit-elle obtenir le concours de deux parents paternels?

Si l'enfant, même âgé de moins de seize ans, a des biens personnels, ou s'il exerce un état, peut-il être détenu, non-seulement par voie de réquisition, mais encore par voie d'autorité?

Trois opinions sont en présence :

Première opinion : Les articles 380, 381 et 382 ne sont pas applicables aux père et mère naturels. — Le texte de l'art. 383, dans l'énumération qu'il fait des articles du titre de la puissance paternelle, s'arrête à l'article 379 ; aller au delà, ce serait méconnaître son esprit et ajouter à la loi.

On comprend aisément la cause de cette différence : des mesures plus sévères doivent être employées contre les enfants naturels; car ils sont, en général, moins soumis que les enfants légitimes : ajoutons que leurs père et mère ont moins d'ascendant moral.

Concluons de là que la mère naturelle peut faire détenir son enfant même par voie d'autorité, lorsqu'il a moins de seize ans; qu'elle n'a pas besoin du concours de deux personnes, comme cela est exigé lorsqu'il s'agit de faire détenir un enfant légitime; enfin, que le droit de correction n'est ni détruit ni modifié par le mariage du père ou de la mère naturels (1).

Deuxième opinion : Les articles 380 et 381 ne sont pas applicables : comment supposer que le législateur ait pu vouloir attribuer au commerce illicite des père et mère naturels les effets d'un premier mariage? — D'ailleurs, on n'a pas autant à craindre l'influence du beau-père ou de la belle-mère : les enfants naturels ne causeront, en exerçant les droits qui leur sont attribués par la loi (757), qu'un faible préjudice aux enfants qui naîtront du mariage. — Mais l'art. 382 est applicable : l'enfant naturel qui a des biens personnels, ou qui exerce un état, se trouve dans les mêmes conditions que l'enfant légitime; il doit jouir des mêmes garanties (2).

Troisième opinion : Les articles 380, 381 et 382 sont applicables, sans distinction, aux père et mère de l'enfant naturel. — Il n'y a rien à conclure de ce que ces articles ne se trouvent point rappelés dans l'article 383; car le même silence existe sur les articles 371, 372 et 373, et cependant, nul doute qu'ils s'étendent à la matière qui nous occupe.— Le seul principe rationnel, est d'appliquer, par voie d'analogie, aux enfants naturels, ce qui est établi pour les enfants légitimes.—Peu importe l'état des père et mère : la puissance paternelle n'est pas organisée dans leur intérêt, mais dans celui de l'enfant; plus sa position est malheureuse, plus il importe de le protéger : telle a été la pensée du législateur. — Un des articles du projet accordait aux père et mère des

(1) Zach., t. 4, p. 83; Dur., n° 360, t. 3; Proudhon, t. 1er, p. 248 et 249.

(2) Delv., p. 98, n° 2; D., Puissance paternelle, section 1re.

enfants naturels légalement reconnus la même puissance et les mêmes droits qu'aux père et mère légitimes : cet article a été supprimé, il est vrai : pourquoi? parce qu'on voulait établir une modification relativement à l'usufruit légal : mais alors, direz-vous, on devait du moins rappeler dans l'article 383 les articles 380, 381 et 382. Le législateur a considéré que ces articles étant la suite, le complément des règles principales sur le droit de correction, il suffisait d'énumérer les articles qui consacrent ce droit; et peut-être aussi qu'ils ne convenaient pas textuellement aux père et mère naturels; car ils contiennent ces mots : *le père remarié..... la mère non remariée.* — Au résumé, nous admettons :

1° Que le père naturel peut faire détenir son enfant par voie d'autorité, lorsqu'il a moins de seize ans;

2° Que cette règle souffre exception, lorsque l'enfant a des biens personnels, lorsqu'il a un état, ou lorsque le père a épousé une femme autre que la mère : dans ces trois cas, la voie de réquisition lui est seule ouverte;

3° Que la détention ne peut avoir lieu que par voie de réquisition, lorsque l'enfant a plus de seize ans commencés;

4° Que la mère naturelle, investie de l'exercice de l'autorité paternelle, ne peut faire détenir son enfant que par voie de réquisition et seulement avec le concours de deux amis du père, ou de deux membres du conseil de famille. — Toutefois, on peut soutenir que l'autorisation du président, et l'examen plus attentif auquel il se livrera nécessairement avant de l'accorder, rendent inutile, surtout si le père est inconnu, le concours de deux personnes étrangères à l'enfant (1);

5° Enfin, que la mère naturelle, mariée à un autre que le père de l'enfant, est déchue du droit de requérir la détention (381) (2). (Demolombe, n° 647.)

Les mesures à prendre par le tribunal, dans l'intérêt de l'enfant, peuvent être provoquées soit par le père contre la mère, soit par la mère contre le père, soit par le tuteur et le subrogé tuteur, soit par tout membre du conseil de famille, soit par l'enfant lui-même personnellement : dans tous les cas, libre à lui de porter plainte au juge de paix, et ce magistrat convoquera d'office le conseil de famille pour statuer (406).

Nous avons examiné ailleurs la question de savoir si le ministère public a qualité pour agir dans l'intérêt de l'enfant. (*Voy.* art. 372; Demolombe, n°s 631 et suiv.)

Quelques mots en terminant sur les effets de la puissance paternelle relativement à l'administration et aux revenus des biens appartenant à l'enfant naturel.

Les père et mère naturels peuvent-ils prétendre à la jouissance de ces biens? Le silence du Code indique suffisamment, suivant nous, qu'il

(1) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 250, note *a*; Demolombe, n° 647.
(2) Cass., 31 août 1815, S., 1815, 1, 361, Dev. Pal.

est entré dans la pensée du législateur de leur refuser ce droit exorbitant; et, en effet, il ne convient pas qu'ils puissent tirer un avantage de leur faute. On peut même dire que la loi, par son texte, les exclut : en effet, ces mots de l'article 384 : *durant le mariage.....*, *après la dissolution du mariage*, expriment clairement que le droit de jouissance n'appartient qu'aux père et mère légitimes (1). Bien plus, le projet contenait, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le rappeler, un article conçu en termes généraux, lequel a été remplacé par celui qui forme aujourd'hui l'article 383, précisément afin de ne pas attribuer la jouissance légale aux père et mère naturels.

Les mêmes motifs qui s'opposent à ce que les père et mère naturels puissent prétendre à l'usufruit paternel, doivent leur faire interdire l'administration légale des biens. Cette administration est un droit exorbitant, droit qui ne peut appartenir, dès lors, qu'à ceux auxquels il a été formellement conféré : or, ces mots de l'art 389 : *le père est durant le mariage administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs.....*, et ceux-ci de l'article 390 : *après la dissolution du mariage.....*, indiquent assez qu'elle n'est confiée qu'aux père et mère légitimes; qu'après la mort de l'un d'eux, l'administration légale cesse pour faire place à la tutelle : d'ailleurs, comment pourrait-on accorder au père ou à la mère naturels un droit qui est refusé même au père ou à la mère usufruitiers légaux survivants? Comment s'expliquerait-on qu'il y eût tutelle dans ce dernier cas, et administration légale dans l'autre? — Peu importerait que les père et mère eussent reconnu simultanément l'enfant : leur position serait alors tout au plus celle où se trouvaient autrefois les époux divorcés : mais certes, ces reconnaissances simultanées n'équivaudraient pas à un lien légitime : si l'enfant naturel n'avait été reconnu que par son père ou par sa mère, celui qui seul l'aurait reconnu serait-il administrateur légal? Nul n'oserait le soutenir : or, les père et mère naturels seraient-ils moins étrangers l'un à l'autre, parce qu'ils auraient reconnu l'enfant simultanément? On ne s'expliquerait pas qu'il y eût tutelle lorsque l'enfant aurait été reconnu par un seul, et administration légale lorsqu'il aurait été reconnu par son père et sa mère. — Concluons de ces observations que les père et mère naturels n'ont point la jouissance des biens; qu'ils ne sont point appelés à l'administration légale; que l'article 389 ne leur est pas applicable; enfin, qu'ils ne peuvent prendre l'administration qu'en vertu de l'art. 450, c'est-à-dire en qualité de tuteurs. (Demolombe, n° 650.)

Maintenant, quel sera ce tuteur? Cette question appartient au titre suivant.

(1) Toullier, t. 2, nos 973 et 1035; Proudhon et Valette, t. 2, p. 252; Proudhon, Usuf., t. 1er, n° 124; Dur., t. 3, nos 360 et 364; Vazeille, Mariage, t. 2, n° 477; Maguin, Minorités, t. 1er, n° 268; Demolombe, n° 649; Delv., p. 93, n° 2; — Pau, 13 février 1822, S., 1823, 2, 89. *V.* cep. Loiseau, p. 550, et Favard, Rép., Enfant naturel, § 2, n° 2.

RÉSUMÉ DU TITRE IX.

Historique. (P. 238.)

On nomme *puissance paternelle*, l'autorité conférée par la loi aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs non émancipés. (P. 239.)

Déterminons d'abord les effets de la puissance paternelle par rapport à l'enfant légitime; nous verrons ensuite comment elle s'exerce sur les enfants naturels.

De la puissance paternelle en ce qui concerne la personne des enfants légitimes.

La puissance paternelle est commune au père et à la mère (371-374); mais la mère ne l'exerce qu'à défaut du père, c'est-à-dire, lorsqu'il est mort ou lorsqu'il se trouve par une cause quelconque dans l'impossibilité de manifester sa volonté. (P. 243.) — A défaut de la mère, l'exercice du droit passe au tuteur. Toutefois, le tuteur ne peut agir qu'en vertu d'une autorisation du conseil de famille (468). — Quant aux ascendants autres que le père et la mère, ils ne sont point appelés à la participation de l'autorité paternelle, bien que la tutelle légitime leur soit déférée (402-404).

La puissance paternelle proprement dite attribue aux père et mère quatre sortes de droits :

1° Le droit d'éducation ;
2° Le droit de correction ;
3° Le droit d'administration (389) ;
4° Le droit de jouissance.

Du droit d'éducation.

La loi proclame en principe que les enfants doivent honneur et respect à leurs *père* et *mère* (ajoutons : ou à leurs ascendants d'un degré plus éloigné) : c'est là une sorte de prémisse, une maxime semblable à celle qui se trouve dans l'art. 212 ; mais gardons-nous de croire que les tribunaux puissent en faire une application arbitraire : la loi prend soin d'en préciser les conséquences juridiques; certes, il n'entre pas dans son esprit d'interdire aux enfants la faculté de recourir à la justice, comme tous autres, lorsqu'ils ont des droits à exercer contre eux soit comme créanciers, soit à un titre quelconque : elle se borne à leur refuser les voies d'exécution sur la personne. (Art. 371.)

Gardons-nous également de croire que les enfants soient sans protection, si les père et mère méconnaissent leurs devoirs ou abusent de leur autorité : nul doute que les tribunaux peuvent alors intervenir et ordonner, dans l'intérêt de l'enfant, telles mesures que les circonstances exigeront. — Ces mesures pourraient être provoquées soit par la mère, si le père vivait encore; soit par le tuteur de l'enfant, si le survivant

n'avait pas été maintenu dans la tutelle; soit par le subrogé tuteur, soit par l'un des membres du conseil de famille. Le juge de paix pourrait même d'office convoquer le conseil en cas d'urgence. — Enfin, nous ne voyons pas ce qui s'opposerait à ce que l'enfant éveillât la sollicitude des magistrats. — Quant au ministère public, nous ne pensons pas qu'il puisse agir d'office. Cette décision paraîtra bizarre sans doute; mais les textes sont formels : en matière civile, ils ne donnent que des conclusions. — Du reste, il pourrait communiquer officieusement au juge de paix les avis qui lui seraient parvenus.

Durant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle ne peut appartenir qu'au mari, car il est le chef de la société conjugale : la mère n'en est investie que si elle survit, ou lorsque son mari a été frappé de déchéance par une condamnation correctionnelle, en vertu de l'article 335 du Code pénal. — Du vivant du père, elle ne peut être appelée à l'exercer qu'en qualité de mandataire, et seulement dans le cas prévu par l'article 141, c'est-à-dire lorsqu'il a disparu, ou lorsqu'il se trouve, par une cause juridique, dans l'impossibilité d'user de son droit; notamment, en cas d'interdiction.

Dans tous les cas, les pouvoirs de la mère sont plus restreints que ceux du père, qu'elle agisse en son nom personnel, comme investie de l'autorité paternelle, ou comme mandataire légale de son mari, à son défaut. (Art. 373.)

Il va de soi que l'enfant ne peut quitter la maison paternelle ou celle où il aurait été placé pour son éducation sans le consentement de ses père et mère; autrement, ce droit serait illusoire.—Les père et mère ou tuteur pourraient, en vertu d'une simple ordonnance du président, employer la force publique pour contraindre l'enfant à rentrer dans la maison paternelle. — Ces règles souffrent exception pour le cas d'enrôlement volontaire : la faveur accordée au service militaire a fait établir que l'enfant serait libre de s'engager à l'âge de vingt ans accomplis, même contre le gré de ses parents. Au-dessous de cet âge, il doit justifier du consentement soit de son père, soit de sa mère (bien entendu, si elle exerce la puissance paternelle); et, à défaut de père et mère, de celui de son tuteur autorisé par le conseil de famille (374). (P. 243.)

Question. — Le survivant des père et mère, bien que déclaré indigne de la tutelle, demeure investi de la puissance paternelle. (P. 244.)

Droit de correction.

Le droit de correction, conséquence du droit d'éducation, est un attribut de la puissance paternelle.

Les moyens de correction consistent dans une détention temporaire dont la durée varie suivant l'âge et la position de l'enfant.

Dans certains cas, le président ne peut refuser l'ordre d'arrestation; simple exécuteur de la volonté du père, il n'intervient que pour mettre en mouvement la force publique. — Le père agit par *voie d'autorité.*

Dans d'autres cas, il est appelé à peser les raisons alléguées. — Le père agit alors par *voie de réquisition*.

La voie d'autorité n'appartient qu'au père ; pour que l'arrestation ait lieu, il faut : 1° que le père ne soit pas actuellement remarié ; autrement il ne lui resterait, comme nous le verrons, que la voie de réquisition ; 2° que l'enfant ait moins de quinze ans accomplis ; 3° qu'il n'exerce pas d'état et qu'il n'ait pas de biens personnels (376, 277).

Dans les cas suivants l'arrestation ne peut avoir lieu que par voie de réquisition : 1° lorsque l'enfant a commencé sa seizième année ; 2° lorsqu'au-dessous de cet âge, il a des biens personnels ; 3° lorsqu'il exerce un état (382) ; 4° lorsque le père est remarié (380) ; 5° lorsque c'est la mère investie de l'exercice de l'autorité paternelle qui veut user de la voie de correction ; encore ne peut-elle agir qu'avec le *concours* des deux plus proches parents paternels : leur avis ne suffirait pas (381).

Observons que le droit de correction n'est accordé qu'à la mère non remariée. Pourquoi cette différence entre la position de la mère et celle du père ? En se remariant, la mère se trouvera sous la dépendance de son nouveau mari ; elle subira son influence ; tandis que le mari est légalement supposé conserver son indépendance : la mère peut seulement, si elle a été maintenue dans la tutelle, agir conformément à l'article 468. — Observons que la mère, bien que remariée et déchue du droit de correction, conserve le droit d'éducation. (P. 121.)

La détention ne peut excéder un mois lorsqu'elle a eu lieu par voie d'autorité (376) ; elle peut se prolonger pendant six mois lorsqu'on a employé la voie de réquisition (377, 380, 381 et 382).

Du reste, les père et mère ont la faculté de faire cesser la détention avant le temps fixé ; le droit de grâce leur est réservé : ils pourraient même ne pas user de l'ordre d'arrestation (379, p. 248 et 249).

Le droit de détention n'est pas épuisé lorsque l'enfant a été incarcéré une première fois : nul doute que les père et mère peuvent réitérer leur demande, si l'enfant commet de nouveaux écarts ; il n'y a pas lieu de distinguer, nonobstant les termes obscurs du texte, s'ils ont usé primitivement du droit de grâce. (P. 249.)

Lorsque l'enfant est détenu par voie de réquisition, un recours lui est ouvert contre l'ordre d'arrestation délivré par le président ; il peut s'adresser au procureur général, lequel, après s'être éclairé près le procureur de la république, fait son rapport au premier président, qui, après avoir pris tous renseignements et avoir prévenu le père, pourra révoquer l'ordre d'arrestation (382, p. 252).

Ainsi, indépendamment du droit de grâce, trois causes peuvent donner lieu à la mise en liberté : l'expiration du temps fixé pour la détention, la survenance de la majorité, la révocation de l'ordre d'arrestation (379).

La détention n'est pas considérée comme un emprisonnement, mais comme un moyen de correction : aussi la loi proscrit-elle toutes for-

malités judiciaires qui pourraient laisser des traces dans les archives des tribunaux. — L'ordre d'arrestation seul est écrit; encore n'est-il pas motivé; seulement on constate, pour la régularité, qu'il a été délivré sur la demande d'une personne ayant qualité, et après les formalités requises.

C'est même une question débattue que celle de savoir si les agents de la force publique doivent dresser un acte d'écrou et transcrire cet acte sur les registres. Selon nous, ces deux formalités sont nécessaires; seulement la transcription ne doit pas avoir lieu sur les registres où sont inscrits les noms des personnes détenues pour crimes ou délits, mais sur un registre à part.

Dans les villes où il n'existe pas, comme à Paris, d'établissements de correction, l'enfant est séparé des autres détenus. (Art. 378, p. 247.)

Le père doit souscrire une soumission de payer tous les frais; mais rien n'annonce qu'il soit tenu de déposer d'avance une somme suffisante pour fournir à l'enfant des aliments pendant un mois : loin de là, l'administration pourvoit aux aliments lorsqu'il résulte de l'attestation de l'autorité que le père se trouve dans l'indigence. (P. 247.)

Questions. — La mère peut, comme le père, abréger le temps fixé de la détention : elle n'a pas besoin du concours des parents paternels. (P. 249.)

Les père et mère étrangers peuvent user du droit de correction, lors même qu'ils n'ont pas obtenu la permission de résider en France. (P. 250.)

Le père remarié qui a perdu sa nouvelle femme recouvre de plein droit la faculté de faire détenir par voie d'autorité ses enfants du premier lit. (P. 250.)

La mère non remariée, qui veut user du droit de correction, peut, à défaut de parents paternels, réclamer le concours des alliés ou amis du père. (P. 252.)

La mort du nouveau mari rendrait à la mère l'exercice du droit de correction. (P. 252.)

L'enfant détenu peut exercer le recours dont il est parlé dans l'article 382, non-seulement lorsqu'il a des biens personnels ou lorsqu'il exerce un état, mais encore dans tous autres cas où il a été incarcéré par voie de réquisition. (P. 253.)

Le père peut se pourvoir contre la décision du président, si ce dernier abrége ou refuse l'ordre d'arrestation. En ce cas, il doit saisir le tribunal après avoir fait nommer un tuteur *ad hoc*. (P. 254.)

La détention de l'enfant mineur de seize ans, lors même qu'elle a eu lieu par voie de réquisition, ne peut se prolonger au delà d'un mois. (P. 255.)

Du droit d'administration des biens.

Voy. art. 389, p. 287. — Titre de la tutelle.

Du droit de jouissance.

Historique. (P. 255.)

L'usufruit paternel confère les mêmes droits que l'usufruit ordinaire; mais il en diffère :

Par les conditions, car les père et mère ne sont pas tenus de donner caution (606); — par les charges, car elles sont plus étendues que celles de l'usufruitier ordinaire (*voy.* art. 384); — par sa durée, car il est limité à l'émancipation de l'enfant, et, dans tous les cas, il cesse lorsque l'enfant est parvenu à sa dix-huitième année; — enfin, les mêmes causes d'extinction ne sont pas applicables.

Comme récompense des peines et soins que l'éducation des enfants occasionne, et surtout, afin de prévenir les procès scandaleux que pourraient soulever des comptes rigoureux de revenus, la loi accorde aux père et mère la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à leur émancipation, ou jusqu'à ce qu'ils aient accompli leur dix-huitième année. (Art. 384.)

En limitant ainsi le droit de jouissance, bien que la puissance paternelle ne cesse qu'à la majorité, le législateur a considéré : 1° qu'il était convenable de laisser aux enfants quelques capitaux en réserve pour l'époque de leur majorité; 2° que l'usufruit cessant par l'émancipation, et l'émancipation s'opérant par le mariage, il était à craindre que certains parents, plus soucieux de leur intérêt que de celui de l'enfant, ne refusassent leur consentement à son mariage.

Ce droit est un attribut de la puissance paternelle; — par conséquent, il n'appartient qu'au père et à la mère; — il existe par le seul effet de la loi; — enfin, il est indépendant de la tutelle.

Remarquons surtout cette expression : le *survivant;* elle indique suffisamment que la mère n'a la jouissance légale que dans le seul cas de prédécès de son mari. — Il ne suffirait donc pas qu'elle se trouvât investie de l'exercice de la puissance paternelle par l'effet de circonstances indépendantes de cet événement. (P. 257.)

Questions. — Les père et mère étrangers non autorisés à résider en France ne pourront réclamer, en vertu de l'article 384, la jouissance des biens de leurs enfants situés en France. (P. 259.)

Les futurs époux ne peuvent, par leur contrat de mariage, renoncer d'avance à l'usufruit paternel. (P. 259.)

Profitant des fruits, les père et mère doivent supporter les charges (385) : or, la loi déclare charges de la jouissance :

1° Celles dont sont tenus les usufruitiers ordinaires (*voy.* t. 3, l. 2);
2° La nourriture, l'éducation et l'entretien des enfants selon leur

fortune. — Cette obligation diffère essentiellement de celle qui résulte de l'article 203. (*V.* p. 260.)

3° Le payement des arrérages ou intérêts des capitaux; ce qui doit s'entendre de ceux qui étaient exigibles au moment de l'ouverture du droit (p. 261);

4° Des frais funéraires et de dernière maladie, c'est-à-dire, de ceux des personnes auxquelles l'enfant a succédé. (P. 262.)

Ces trois dernières sortes de charges sont particulières à l'usufruit paternel; elles ne sont point imposées, quand il s'agit de l'usufruit ordinaire.

Du reste, l'enfant n'est pas moins tenu personnellement de ces charges envers les créanciers; sauf à lui, à mettre en cause l'usufruitier, qui, dans tous les cas, peut échapper aux poursuites par l'abandon de son droit; car il n'est pas tenu personnellement, mais comme détenteur. (P. 263.)

Questions. — Le n° 3 de l'article 385 s'applique même aux arrérages de rentes dites autrefois foncières, et à ceux des rentes viagères. (P. 263.)

Mais il n'est point applicable aux loyers et fermages. (P. 264.)

La jouissance légale des père et mère s'étend en général à tous les biens de leur enfant (art. 387). Mais ce principe souffre exception dans trois cas (p. 266) :

1° Lorsque les enfants ont acquis ces biens par un travail ou une industrie séparée, c'est-à-dire appliquée à des objets étrangers aux affaires des parents;

2° Lorsque les biens proviennent d'une succession dont le père ou la mère a été déclaré indigne : il est bien entendu que l'indignité ne fait obstacle à l'usufruit que pour l'époux indigne;

3° Lorsque les biens ont été donnés ou légués à l'enfant sous la condition expresse que ses père et mère n'en jouiront pas. — Ce qui ne veut pas dire que l'admistration de ces biens leur soit enlevée;

4° Enfin on exceptait autrefois les biens qui faisaient partie d'un majorat; mais les majorats ont été abolis par la loi du 30 juin 1849.

Questions. — Si c'est la mère qui a été déclarée indigne, le père, condamné comme complice du fait, perd la jouissance légale. (P. 267.)

Le cas de renonciation à la succession ne doit pas être mis sur la même ligne que l'indignité. (P. 267.)

La clause de l'acte par laquelle on refuse au survivant des père et mère l'usufruit légal des biens donnés, n'est valable que pour la portion disponible; elle ne s'étend pas à la quotité réservée à l'enfant dans la succession du disposant (P. 267.)

Comment s'éteint l'usufruit légal des père et mère.

La jouissance légale des père et mère cesse :

1° Par la mort (naturelle ou civile) de l'enfant;

2° Par la mort (naturelle ou civile) du survivant des père et mère;

3° Par la condamnation du survivant pour avoir excité, favorisé ou facilité la débauche ou la corruption de ses enfants;

4° Par l'abus de la jouissance;

5° Par la renonciation du survivant à son droit de jouissance;

6° Par le nouveau mariage de la mère devenue veuve;

7° Lorsque l'époux survivant a négligé de faire inventaire des biens communs dans les délais déterminés par l'article 1442;

8° Lorsque l'enfant est parvenu à l'âge de dix-huit ans accomplis;

9° Par l'émancipation expresse ou tacite.

Nonobstant les nombreux rapports qui existent entre l'usufruit paternel et l'usufruit ordinaire, il est facile de reconnaître, en se référant à l'article 617, que les mêmes causes d'extinction ne sont pas toutes applicables à l'un et à l'autre droit. (P. 269.)

Questions. — L'usufruit éteint par le nouveau mariage de la mère ne revit pas, bien que le mariage soit annulé. (P. 265.)

Il en serait autrement si le consentement de la mère avait été arraché par violence. (P. 265.)

Si la mère remariée devient veuve, l'usufruit ne revit pas. (P. 265.)

L'inconduite de la mère n'est pas une cause d'extinction du droit de jouissance. (P. 265.)

La jouissance légale éteinte par l'émancipation de l'enfant ne renaît pas si l'émancipation est révoquée. (P. 270.)

Autorité des père et mère sur leurs enfants naturels reconnus.

Le droit d'éducation et toutes ses conséquences est accordé aux père et mère naturels comme aux père et mère légitimes. (Art. 383.)

Ce droit est exercé par celui qui a reconnu l'enfant : lorsqu'il a été reconnu par l'un et par l'autre, il appartient au père; à défaut du père, à la mère; à défaut de père et mère, au tuteur. (P. 272.)—Toutefois, la position de l'enfant naturel a cela de particulier, que le tribunal a la faculté d'enlever au père ou à la mère le droit d'éducation, mesure qu'il peut prendre même pour l'enfant légitime en cas de séparation de corps (302). (P. 273.)

Le droit de correction appartient à celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle. Mais le tribunal peut toujours intervenir pour déterminer les mesures à prendre. (P. 273.)

L'article 383 ne relate pas les articles 380, 381 et 382; de là plusieurs questions. (*V.* p. 273.)

Bien qu'investis de l'autorité paternelle, les père et mère naturels n'ont pas la jouissance des biens de l'enfant; ils ne sont pas même chargés, en cette qualité, de les administrer. L'enfant se trouve nécessairement en tutelle; c'est le tuteur qui administre. (P. 275.)

TITRE X.

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION.

(Décrété le 26 mars 1803, promulgué le 5 avril.)

A Rome, la minorité se prolongeait jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans; cette règle était suivie dans nos pays de droit écrit, et même dans la plupart des pays coutumiers (1).

La législation intermédiaire (loi des 20 novembre 1792, t. 4, art. 2, et du 31 janvier 1793) déclara que toute personne serait majeure à vingt un ans accomplis: nos mœurs et l'état de notre civilisation le voulaient ainsi. D'ailleurs, il eût été peu conséquent de déclarer incapable de l'administration de ses biens, celui qu'on reconnaissait capable de prendre part à l'administration des affaires publiques.

Les auteurs du Code ont consacré ce principe.

La capacité légale des mineurs varie suivant qu'ils sont émancipés ou non émancipés :

Les premiers peuvent faire en général tous les actes d'administration : la loi prend soin de déterminer ceux pour lesquels ils doivent obtenir l'assistance de leur curateur.

Les seconds sont placés, pour leur personne et pour leurs biens, sous l'autorité d'un tuteur ; autorité qui peut concourir avec celle qui résulte de la puissance paternelle : l'une et l'autre peuvent même se trouver réunies sur la même tête.

Le mineur non émancipé est privé de l'exercice des droits civils. — Cette règle, il est vrai, ne se trouve dans aucun texte formel; mais elle résulte implicitement des articles 488 et 1124.

Le titre X est divisé en trois chapitres.

Dans le premier, la loi détermine l'âge de la majorité;

Dans le deuxième, elle trace les règles de la tutelle ;

Dans le troisième, elle s'occupe de l'émancipation.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MINORITÉ.

388 — Le mineur est l'individu de l'un et l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt-un ans accomplis.

(1) Cout. de Normandie, art. 233; Cout. de Bretagne, art. 528. — *Voy.* Merlin, Rép., vo Mineurs, § 1er.

= Remarquez ces mots : *de l'un et de l'autre sexe;* il n'y a donc point, quant à la limite de l'incapacité légale résultant de la faiblesse de l'âge, de différence à établir entre l'homme et la femme. — La disposition qui recule jusqu'à vingt-cinq ans la majorité de l'homme, lorsqu'il s'agit du mariage, est exceptionnelle (144, 148). — Du reste, si les circonstances l'exigent, et si la raison précoce du mineur le permet, on peut, au moyen de l'émancipation, corriger ce que la règle aurait de trop absolu.

— Comment se compte la majorité? Est-ce par jour ou par heure? ⁂ En règle générale, les délais se comptent d'heure à heure, *de momento ad momentum* (l. 3, §, ff. *de minoribus viginti quinque annis*), à moins que la loi n'en ait autrement ordonné; ce qu'elle a fait dans les cas des articles 2260 et 2261 : or, quand il s'agit de la majorité, elle garde le silence. — Ainsi, l'enfant né le 31 décembre 1839, à 10 heures, sera majeur le 31 décembre 1851, à 10 heures. — Si l'heure de naissance n'était pas indiquée, ce qui serait contraire à la loi, la minorité continuerait jusqu'à l'expiration du jour anniversaire. (Valette sur Proudhon, p. 446.)

Lorsque l'année est bissextile, comment doit-on compter le jour intercalaire du mois de février? ⁂ Comme ce jour ne pourra se retrouver dans l'année où la majorité s'accomplira, il faut admettre que toutes les personnes qui seront nées le 29 février deviendront majeures au même instant, le 28 février, à minuit, 21 ans après, sans égard à l'heure de leur naissance. (Valette sur Proudhon, p. 446.)

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE.

La tutelle est une *autorité* conférée *par la loi* ou *en vertu de la loi*, sur la personne et sur les biens d'un *incapable*, en vue de le protéger.

La tutelle est une *autorité;* en effet, le tuteur est investi, dans certaines limites, d'un pouvoir de direction, de surveillance et d'administration ;

Conférée *par la loi*, lorsque le tuteur a été appelé directement sans l'intervention du conseil de famille;

Ou *avec la permission de la loi*, lorsqu'elle est déférée par le fait de l'homme.

Du reste, dans l'un et l'autre cas, il est vrai de dire que le tuteur tient ses pouvoirs de la loi.

Sur la personne et *sur les biens*, ce qui comprend la double mission du tuteur (450),

D'un incapable. — La tutelle, en effet, n'est pas déférée seulement *propter ætatem*, mais encore, à raison de sa faiblesse physique.

L'interdiction judiciaire est soumise à des règles spéciales; ces règles sont étrangères au chapitre qui nous occupe.

En vue de le *protéger*, car elle a pour unique objet l'intérêt du mineur.

On doit même considérer la tutelle comme une sorte de charge *pu-*

blique; ce qu'il faut entendre en ce sens, qu'elle est déférée au nom de l'intérêt général par la loi ou en vertu de la loi; que nul ne peut s'y soustraire par sa seule volonté.

La tutelle est une charge nécessairement gratuite. (*Voy.* art. 1986 et 454.)

Tout individu qui n'a pas atteint l'âge de vingt-un ans accomplis est en tutelle, à moins qu'il ne soit émancipé, ou que le mariage de se spère et mère subsiste encore. — Dans ce dernier cas, il se trouve soumis, quant à ses biens, à l'administration légale.

Dans l'usage, on désigne indistinctement sous le nom de *mineur* ou de *pupille*, l'individu non émancipé qui n'a pas encore atteint l'âge de vingt-un ans.

Ces dénominations exprimaient à Rome deux situations distinctes :

Le pupille, *pupillus*, était l'individu soumis à la tutelle : la tutelle finissait à douze ans pour les filles et à quatorze pour les garçons; mais alors, comme il n'était pas présumé avoir l'intelligence nécessaire pour se gouverner dans la société civile, on lui nommait un curateur qu'il conservait jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis.— En certains cas même, le préteur venait à son secours par le bénéfice de la restitution en entier, *restitutio in integrum.* — De là une seconde période, une seconde classe de personnes; appelées *mineurs*, *minores viginti quinque annis;* elles étaient capables, d'après le droit civil, mais le préteur les protégeait (1).

Sous l'empire des lois qui nous régissent, tout individu non émancipé, qui n'a pas encore atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, est en tutelle, à moins qu'il n'ait encore ses père et mère; auquel cas, il se trouve soumis à l'administration légale. — Aussi emploie-t-on indifféremment la qualification de *mineur* ou de *pupille*, bien que, par une inexplicable bizarrerie, le législateur, après s'être servi de cette dernière expression dans le chapitre II du titre VIII, qui traite de la tutelle officieuse (364 et 370), n'ait parlé que du mineur dans le chapitre relatif à la tutelle ordinaire.

L'organisation de la tutelle comprend trois sortes d'agents : le *tuteur*, le *subrogé tuteur*, et le *conseil de famille*.

Le tuteur a le pouvoir actif, il exécute; le subrogé tuteur surveille; le conseil de famille délibère et donne des avis.

Ces trois sortes d'autorité nous occuperont successivement.

Parlons d'abord du tuteur :

Le tuteur (2) est un agent chargé de l'administration de la personne et des biens de l'enfant.

(1) Instit., lib. 1er, ch. 23, ff. 1. 4, t. 3, *de minoribus vigint iquinque annis.*

(2) Nous parlons ici des *tuteurs* proprement dits, des gérants qui représentent le mineur dans toutes les relations de la vie civile. — Si l'enfant a des biens dans les colonies, ou si, habitant les colonies, il a des biens en France, on nomme pour les administrer un *protecteur.* — En certains cas, spécialement déterminés (*voy.* entre autres les art. 155, 518, 838 et 1055), le mineur reçoit un tuteur *ad hoc*, c'est-à-dire un agent dont la mission est limitée au cas spécialement prévu.

Il entre en fonctions sans avoir besoin de faire confirmer son titre par la justice; la loi ne le soumet pas à l'obligation de fournir caution, mais ses biens sont frappés d'hypothèque légale (2121).

Toute tutelle émane de la loi; c'est de la loi que le tuteur tient ses pouvoirs; mais cette émanation est plus ou moins directe, plus ou moins immédiate: tantôt la loi le nomme elle-même, tantôt elle confie à certaines personnes le soin de le nommer en connaissance de cause.

On distingue en effet trois sortes de tutelle : la tutelle *légitime*, — la tutelle *testamentaire*, — et la tutelle *dative*.

La tutelle est dite *légitime*, lorsqu'elle est conférée par le seul fait de la loi, directement, sans aucune procédure.

La tutelle *testamentaire* est celle qui est déférée par le dernier mourant des père et mère.

La tutelle *dative* est celle qui est déférée par le conseil de famille.

On distingue trois sortes de tutelle légitime :

Celle du survivant des père et mère;

Celle des ascendants d'un degré plus éloigné;

Celle des hospices.

Avant d'entrer dans l'examen du titre de la tutelle, il importe d'exposer les règles de *l'administration légale*, matière comprise dans le titre de la tutelle, sans doute parce qu'on a voulu réunir dans une même série d'idées, tout ce qui concernait l'administration des biens, mais qui se lie essentiellement au titre de la *puissance paternelle*.

De l'administration légale.

389 — Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs.

Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance; et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit.

= L'art. 389, ainsi que nous l'avons déjà dit, devrait se trouver placé au titre de la puissance paternelle : en effet, l'administration légale est une conséquence naturelle de l'autorité conférée au père sur la personne et sur les biens de ses enfants; la tutelle ne commence qu'au moment de la dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux; tant que le mariage subsiste, les enfants ne sont soumis qu'à la puissance paternelle.—Quelle est donc la cause de cette transposition? La disposition qui nous occupe n'existait pas dans le projet; il avait paru superflu de parler de l'administration, dès le moment où la jouissance était accordée; d'ailleurs, on regardait comme allant de soi que les règles de l'ancien droit sur ce point seraient maintenues. —C'est la section du tribunat qui l'a proposée. Voici l'exposé des motifs

(1) Locré sur l'article 389; Merlin, Rép., v° Puissance paternelle, sect. 4, nos 11 et 14.

donnés : « Le premier article du chapitre doit faire connaître en termes précis quelle est, durant le mariage, la qualité du père par rapport aux biens personnels de ses enfants mineurs, soit pour ce qui concerne la nue propriété s'il a la jouissance, soit pour ce qui concerne la jouissance et la propriété, si l'une et l'autre appartiennent à ses enfants. Jamais, jusqu'à ce point, le père ne fut qualifié de *tuteur* de ses enfants avant la dissolution du mariage. Si, pendant que le mariage existe, la loi n'admettait aucune différence entre le père et le tuteur proprement dit, il faudrait que le père fût, par rapport aux biens personnels de ses enfants, assujetti durant le mariage à toutes les conditions et charges que la loi impose au tuteur, il faudrait que le père fût sous la surveillance d'un subrogé tuteur, sous la dépendance d'un conseil de famille, ce qui répugne à tous les principes constamment reçus. » (Fenet, t. 10, p. 639) (1).

On entrevoit déjà qu'il ne s'agit pas ici d'une distinction purement doctrinale; que la position du père, administrateur légal, diffère essentiellement de celle du tuteur.—Quelques mots rendront cette vérité plus sensible : jetons un coup d'œil sur les mesures prises comme garanties de la gestion du tuteur; nous parlerons ensuite des pouvoirs du père administrateur.

Comme garanties de bonne gestion, les biens du tuteur sont grevés d'une hypothèque légale (2121); il est placé sous la surveillance active d'un subrogé tuteur, et, jusqu'à un certain point, sous la dépendance d'un conseil de famille.

L'enfant soumis à l'administration paternelle jouit-il des garanties offertes à celui qui se trouve en tutelle?

En ce qui touche l'hypothèque légale. — Quelques auteurs s'étaient prononcés pour l'affirmative; il existe même des arrêts en ce sens : Le législateur, disaient-ils, n'ayant point tracé de règles spéciales sur ce point en matière d'administration paternelle, on doit présumer qu'il a entendu se référer à celles qu'il a formellement établies pour la tutelle; présomption qui paraîtra d'autant mieux fondée, que l'article 389 est compris dans ce dernier titre (2). — Mais cette doctrine est unanimement repoussée aujourd'hui, comme inexacte en fait et en droit. — *En fait*, car elle est contraire à la vérité et aux mœurs des familles. Les enfants qui ont encore leurs père et mère ont pour garantie l'affection maternelle et le besoin que l'un et l'autre éprouvent de maintenir l'harmonie dans le ménage, le contrôle et la surveillance instinctive de la mère. — L'enfant qui a perdu son père ou sa mère n'a pas les mêmes garanties; il faut donc y suppléer. — *En droit*, car, aux termes de l'article 2115, « l'hypothèque, en général, n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi; » et l'article 2117 déclare que « l'hypothèque légale ne peut résulter que de la loi. » Or, d'une part, les articles 2121, 2135, 2194, etc., n'affectent d'hypothèque légale que les

(1) Locré sur l'art. 389; Merlin, Rép., v° Puiss. pater., sect. 4, n°s 11 et 14.

(2) Persil, art. 2121, n° 36; Rattier, Hyp., t. 2, n° 365; D., Hyp., ch. 2, sect. 2, art. 2, n° 10; — Colmar, 22 mai 1810; Toulouse, 22 décembre 1818.

biens du tuteur; d'autre part, la loi déclare (art. 389) que, pendant le mariage, le père est administrateur légal, et (art. 390) que la tutelle ne commence qu'après la dissolution du mariage. « Tout mineur, disait M. Berlier, n'est pas nécessairement en tutelle; celui dont les père et mère sont encore vivants trouve en eux des protecteurs naturels, et s'il aq uelques biens personnels, l'administration en appartient à son père. La tutelle commence au décès du père ou de la mère; car alors, en perdant un de ses protecteurs naturels, le mineur réclame déjà une protection plus spéciale de la loi.» (Fenet, t. 10, p. 639.) — Donc, les immeubles du père administrateur ne sont pas grevés d'hypothèque légale. — Pourquoi ces deux situations distinctes? Le législateur a considéré que le crédit des maris serait trop gravement altéré si leurs immeubles étaient frappés à la fois de l'hypothèque légale de la femme et de celle des enfants, et que ces derniers n'ont d'ailleurs que rarement des biens de quelque importance avant le décès de leur père ou de leur mère (1).

Doit-on nommer un subrogé tuteur? — Cela supposerait une tutelle (420); or, il n'y a qu'une administration légale : la mère est là pour surveiller les actes de son mari (2).

S'il arrivait que l'enfant se trouvât avoir des intérêts opposés à ceux du père; par exemple, qu'ils fussent tous deux appelés à exercer des droits dans une même succession, l'un comme légataire universel, l'autre comme légataire à titre universel ou à titre particulier, le tribunal nommerait à l'enfant un tuteur *ad hoc* pour prendre ses intérêts dans le partage, afin que cette opération pût se faire avec un contradicteur légitime. (Argument de l'art. 838.) (3).

Doit-il être procédé à l'organisation d'un *conseil de famille permanent?* — Nous répondrons encore que cela supposerait l'existence d'une tutelle. — Si des circonstances imprévues rendent l'avis d'un conseil de famille nécessaire, ce conseil ne sera point permanent : ses pouvoirs spéciaux et purement accidentels ne s'étendront pas au delà des causes qui auront motivé sa convocation. (Demolombe, n° 423.)

Ainsi, la nomination d'un subrogé tuteur et l'organisation d'un conseil de famille sont deux rouages inutiles en matière d'administration légale; le père administre seul et sans contrôle la personne et les biens, en vertu du mandat qu'il tient de la loi.

Passons à la détermination des pouvoirs du père administrateur; voyons s'ils ont quelques rapports avec ceux du tuteur :

On distingue, en ce qui concerne l'administration du tuteur, cinq

(1) Demolombe, n° 420; Magnin, Des minorités, t. 2, n° 1280; Troplong, Hyp., t. 2, art. 2121, note 24; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 282; Zach., p. 201, t. 1er; p. 124, t. 2; Dur., n° 416, t. 3; t. 19, n° 308; Grenier, Hyp., n° 424; Merlin, Rép., v° Puissance paternelle, sect. 4, n° 17; — Cass., 3 décembre 1821; Riom, 23 mai 1822; Lyon, 3 juillet 1827; Dev., 1830, 2, 101; Poitiers, 31 mars 1830, Dev., 1830, 2, 138; Bordeaux, 10 avril 1845, Dev., 1847, 2, 166.

(2) Cass., 4 juillet 1842, Dev., 1842, 1, 601.

(3) Dur., n° 415, t. 3, note 1re; Proudhon, t. 2, p. 282; Zach., t. 1er, p. 201; Demolombe, n° 422; — Turin, 9 janvier 1811, Dev. Pal.

espèces d'actes : 1° ceux qu'il peut faire seul : tels sont les actes d'administration (389, 450, 1988);— 2° ceux pour lesquels il doit obtenir l'autorisation du conseil de famille;— 3° ceux pour lesquels l'avis approbatif du conseil de famille doit être suivi de l'homologation;— 4° ceux qui, à raison de leur caractère, nécessitent l'avis de trois jurisconsultes;— 5° enfin, ceux qui leur sont complétement interdits.

Cette organisation des pouvoirs du tuteur est-elle applicable au père administrateur?

Aucune difficulté ne s'élève pour les actes de la première classe: tout le monde tombe d'accord que le père peut faire seul ces sortes d'actes, puisqu'il n'est soumis ni à la surveillance d'un subrogé tuteur, ni à la dépendance d'un conseil de famille;— ses pouvoirs, beaucoup plus étendus que ceux du tuteur, ont la plus grande analogie avec ceux du mari, administrateur des biens personnels de sa femme (1414, 1415. 1442): ainsi, le père peut, comme le mari, faire certains actes pour lesquels il faudrait au tuteur l'assistance du subrogé tuteur, l'autorisation, ou tout au moins l'avis du conseil de famille; par exemple, il n'est pas tenu, pour procéder à l'inventaire des biens qui adviennent à ses enfants pendant le mariage, de requérir, au préalable, la nomination d'un contradicteur. — Il n'encourrait pas de déchéance par cela seul qu'il aurait négligé de déclarer, immédiatement après l'intitulé d'inventaire, le montant d'une créance qu'il aurait contre la succession recueillie; déchéance prononcée par l'article 451. — Bien plus, à défaut d'inventaire, il serait soumis assurément à la preuve par commune renommée (1415, 1442, 1504), suivant la règle générale; mais il conserverait l'administration et même la jouissance des biens : la déchéance prononcée par l'article 1442 ne lui serait pas applicable. — Il est juge souverain, sous sa responsabilité personnelle, du point de savoir s'il convient de conserver en nature les meubles de ses enfants, ou de les vendre en tout ou en partie (453).—En cas de vente, il peut se dispenser de recourir aux formes prescrites par l'article 452 (1).—L'article 454, qui oblige le tuteur à faire déterminer positivement par le conseil de famille la somme à laquelle s'élèvera la dépense annuelle du mineur, ne lui est pas applicable. — Enfin, il ne doit pas l'intérêt des sommes non employées : les articles 455 et 456 sont des exceptions à la règle générale des articles 1153 et 1154; or, ils ne parlent que du tuteur; le père administrateur ne peut devoir d'intérêts qu'à titre de réparation du dommage, ce qui suppose une faute assez grave pour engager sa responsabilité comme mandataire légal. —Quant aux baux, il nous paraît que le père ne peut les faire que dans les termes de l'article 1718; car cet article, conçu en termes généraux, reçoit son application toutes les fois qu'il s'agit de louer ou d'affermer *les biens des mineurs*. (Demolombe, n°s 431 et suivants.)

Les opinions sont loin d'être unanimes sur les actes de la deuxième, de la troisième et de la quatrième classe. — Les uns décident que le

(1) Comp., art. 452; loi du 24 mars 1806; décret du 25 septembre 1813.

père administrateur n'est soumis à aucune restriction ; ils vont même jusqu'à lui reconnaître le droit d'aliéner et d'hypothéquer les immeubles du mineur, sans observer les formes et conditions prescrites par l'art. 457. (Zach., t. 1er, p. 202.) — D'autres professent qu'il doit se faire autoriser par le tribunal, dans les divers cas où l'homologation est requise en matière de tutelle : l'administrateur légal, disent-ils, n'est point soumis à un conseil de famille ; il a ni plus ni moins les mêmes droits qu'un tuteur valablement autorisé; mais il ne saurait échapper aux investigations de la justice. — Ainsi, dans ce dernier système, le père administrateur peut, en vertu de cette qualité, accepter ou répudier une succession échue au mineur (461) ; introduire une action relative à ses droits immobiliers, ou y acquiescer (463) ; provoquer un partage, etc. (465).— Il peut même, avec la seule autorisation du tribunal, emprunter, aliéner, hypothéquer (465), actes pour lesquels le tuteur doit obtenir l'autorisation du conseil de famille (1).

Ces deux opinions sont trop absolues. Nous rejetterons la première, parce que la qualité d'administrateur ne saurait emporter le pouvoir d'aliéner (389-1988); — nous rejetterons la seconde, parce qu'elle est fondée sur un principe subversif des règles du droit : en effet, dans ces sortes de matières, l'autorisation du conseil de famille est un préalable indispensable pour éclairer le tribunal ; priver le mineur de cette garantie, ce serait souvent livrer sa fortune à la merci d'un père dissipateur ou peu éclairé. — L'article 389 comprenait, dans sa rédaction primitive, un paragraphe ainsi conçu : « Tout ce qui intéresse la propriété des biens sera réglé par la disposition de la section 8. » (Locré, Législ. civ., t 7, p. 216). Ce paragraphe a été retranché, il est vrai ; mais on ne peut attribuer ce retranchement qu'à la crainte d'établir une assimilation trop absolue entre la tutelle et l'administration paternelle ; la pensée du législateur n'est pas moins manifeste ; les inconvénients que nous venons de signaler ne lui ont pas échappé.—Dans cet état de choses, il nous semble rationnel de restreindre les pouvoirs du père aux actes de pure administration, et de le soumettre, pour les actes plus importants, à toutes les règles de la tutelle : ainsi, nous déciderons que le père administrateur est tenu, dans les divers cas où le tuteur doit obtenir l'autorisation du conseil de famille permanent, de se faire autoriser par une assemblée de famille, convoquée *ad hoc;* qu'il doit faire homologuer cette délibération, lorsque cette formalité est prescrite; en un mot, que les articles 457, 459, 461, 464, 465, 467, 468, 776, 817, 838, 2126 Code civ., 953, 954, 962 Pr., comprennent sans distinction, dans leurs termes généraux, les mineurs en tutelle comme ceux qui sont soumis à l'administration légale.—Tout ce qui résulte des travaux préparatoires, c'est que le père administrateur n'est point placé sous la dépendance d'un conseil de famille *permanent* (454) (2).

Nous dirons peu de mots sur les actes interdits au tuteur : on pense

(1) Dur., nº 416, t. 3; Delv., p. 101, nº 8.

(2) Demolombe, nº 446; Merlin, Usuf. paternel, § 1er, p. 612, Quest.; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 283; Zach.

généralement qu'ils sont interdits au père administrateur, car il y a même raison de décider. — L'article 450, 3e alinéa, n'est qu'une application spéciale faite au tuteur d'une règle de droit commun proclamée par l'article 1596.

S'il arrive que le père administrateur se trouve avoir des intérêts opposés à ceux de son enfant, ce qui a lieu lorsqu'ils sont l'un et l'autre appelés à prendre part dans une même succession, ou lorsque le père veut prendre à bail les biens qu'il administre, il doit faire nommer, par un conseil de famille spécial, un tuteur *ad hoc* pour en régler les conditions. (Arg. de l'art. 450; Demolombe, n° 441.) (1).

L'administration légale est un attribut de la puissance paternelle; elle doit donc finir avec cette autorité, c'est-à-dire, par la majorité de l'enfant (372), par son émancipation (372, 476 et suiv.), et par la déchéance prononcée dans le cas de l'article 335 Code pénal.

Elle peut même cesser avant l'extinction du droit de puissance paternelle, puisqu'elle a pour terme la dissolution du mariage, arrivée par le prédécès de l'un des époux : la tutelle commence alors, par le seul effet de la loi, avec toutes les obligations et toutes les charges qu'elle entraîne : le survivant n'administre plus comme investi de l'autorité paternelle, mais comme tuteur.

Dans toutes les observations qui précèdent, nous avons parlé constamment du père; mais il va de soi que les mêmes règles s'appliqueraient au cas où la mère se trouverait appelée, par l'effet de circonstances extraordinaires, du vivant de son mari, à l'administration des biens de l'enfant mineur.

Le père administrateur doit rendre compte de sa gestion, puisqu'il est mandataire. — Comme la reddition de compte est une conséquence de l'extinction du droit de puissance paternelle, le mineur ne peut l'exiger qu'à sa majorité ou à son émancipation, encore que la jouissance légale ait cessé auparavant par une cause quelconque : les articles 471 et 473 reçoivent ici leur application.

Ce compte doit comprendre la propriété et le revenu des biens que les enfants ont acquis par un travail séparé, ou qui leur ont été donnés sous la condition expresse qu'ils n'en jouiront pas, et la propriété seulement des biens dont le père a eu la jouissance. (Art. 389.)

— L'action de l'enfant contre son père administrateur légal est-elle soumise à la prescription de 10 ans établie par l'art. 475? ⁂ Cet article parle seulement des tuteurs; il s'agit d'une prescription spéciale, fondée sur des motifs que nous exposerons plus loin. — Quant au père, comme il ne présente, en définitive, que des garanties morales, puisqu'il administre sans contrôle, nous ne voyons pas de raison pour l'affranchir de la règle générale proclamée par l'article 2262.

L'article 444, ainsi conçu : « Sont aussi exclus de la tutelle, et même destituables s'ils sont en exercice : 1° les gens d'une inconduite notoire; 2° ceux dont » la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité, » est-il applicable en matière d'administration légale? ⁂ Si les père et mère incapables, ou d'une inconduite

(1) Proudhon, t. 2, p. 170; Dur., n° 415; Zach., p. 201; — Turin, 8 janvier 1811.

notoire, peuvent être dépouillés des droits de garde et d'éducation, attributs essentiels de la puissance paternelle, pourquoi, dans les cas prévus, ne serait-il pas permis de leur enlever la gestion des biens? L'administration légale n'est qu'une conséquence et même un des effets secondaires de leur autorité, car elle suppose le droit de jouissance, droit qui peut être refusé aux père et mère, ainsi que nous l'avons établi (art. 387).—La qualité d'administrateur n'est pas un titre à l'impunité ; loin de là, elle appelle d'autant plus la sévérité du juge, que celui qui en était investi a méconnu les devoirs que lui imposaient la nature et la morale. — Certes, ce n'est pas user de rigueur que d'exiger du père administrateur les soins d'un bon père de famille (450), et de le soumettre aux mêmes causes de déchéance que le tuteur.— « C'est ainsi, dit Demolombe, n° 424, que, malgré la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1395), la femme peut demander sa séparation de biens lorsque sa dot est en péril dans la main de son mari » (1443 et 1563) (1).

Quelle est l'autorité compétente pour prononcer sur l'exclusion, sur l'incapacité, ou sur la destitution? Est-ce le conseil de famille, suivant ce qui est établi par les art. 444 et 448? ∽ Non, puisqu'il n'existe pas de conseil de famille : c'est donc le tribunal ; mais par qui sera-t-il saisi? ∽ Il faut se référer, sur la détermination des personnes qui peuvent provoquer ces mesures, aux règles que nous avons établies relativement au droit de garde et d'éducation; les mêmes raisons de décider se présentent (art. 382). — L'art. 444 recevrait son application, lors même que le père, administrateur légal, aurait la jouissance des biens de l'enfant : un usufruitier doit administrer en bon père de famille (601, 618, 678) ; il jouit à charge de conserver la substance; or, l'abus de jouissance est une cause d'extinction de l'usufruit (618) : à quel titre, dès lors, le père déchu de ce droit conserverait-il la possession des biens?— Au reste, nous le répétons, les tribunaux aviseront aux moyens de concilier les intérêts de l'enfant avec les égards qui sont dus à ses parents ; ils useront de leur pouvoir avec une grande réserve, et se borneront, autant que possible, à prescrire les mesures de garantie et de conservation commandées par l'urgence ; ils pourront même, par application de l'article 618, charger un tiers du soin d'administrer, en lui imposant l'obligation de remettre à l'usufruitier l'excédant des revenus sur les frais de gestion (2) : ils emploieront ce moyen, notamment, lorsque la fortune de l'enfant se composera de valeurs mobilières; car ces valeurs pourraient se trouver en péril entre les mains du père.

Ces principes ne sont pas restreints au cas d'administration légale, cas prévu par l'article 389 ; ils doivent, par identité de motifs, recevoir leur application lorsque les deux qualités d'administrateur et de tuteur se trouvent réunies sur la même tête par l'effet de la dissolution du mariage.

Que faut-il décider à l'égard des causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution déterminées par les articles 442 et 443, et des causes de dispenses de la tutelle (section 6)? Sont-elles applicables en matière d'administration légale? ∽ Valette sur Proudhon, t. 1er, p. 283, se prononce d'une manière absolue pour l'affirmative.—On observe, d'un autre côté, en ce qui touche les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution, qu'il ne s'agit pas ici de la tutelle proprement dite ; qu'il était conséquent d'appliquer au père administrateur la règle de l'ar-

(1) Valette sur Proudhon, p. 183; Zach., p. 202; Paris, 29 août 1825 et 16 décembre 1829, Dev. Pal.

(2) Demolombe, n° 427; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 283, note *a* ; Zach., t. 1er, p. 202; — Cass., 16 décembre 1829, S., 1830, 1, 126; Paris, 29 août 1825, S., 1826, 2, 44; Toulouse, 26 août 1818 et 2 juillet 1821, Dev. Pal.; Cass., 19 avril 1843, Dev., 1843, 1, 385; 20 juin 1843, Dev., 1843, 1, 651; Limoges, 28 février 1846, Dev., 1846, 2, 355. *V.* cep. Besançon, 1er août 1844, Dev., 1846, 2, 176.

ticle 444, puisqu'il peut être privé, par les causes déterminées dans cet article, des droits de garde et d'éducation; mais que rien ne justifierait l'extension qu'on voudrait donner aux articles 442 et 443; autrement, il faudrait aller jusqu'à prétendre que la dégradation civique entraine déchéance de l'administration légale, attribut de la puissance paternelle, parce qu'elle rend le condamné incapable d'être tuteur (34 C. pén.); conséquence évidemment inadmissible. — Quant aux causes de dispenses prévues dans le chapitre 6, on répond également qu'elles sont spéciales au cas de tutelle, et qu'il y a d'autant moins de raison pour les appliquer au père investi de la puissance paternelle, que l'administration légale est moins gênante et moins onéreuse que la tutelle (1). ∿ Que déciderons-nous? Il est conforme à l'esprit de la loi de laisser aux magistrats l'appréciation des circonstances : ils enlèveront au père l'administration légale, si l'intérêt de l'enfant l'exige; ils admettront ses excuses, s'ils reconnaissent que cette administration est devenue pour lui une charge difficile et pénible, à raison, par exemple, d'une infirmité grave et dûment justifiée (434); rien ne s'oppose même à ce qu'on lui adjoigne un tiers, gérant sous sa responsabilité (2).

Peut-on appliquer au père administrateur les articles 472, 474 et 475? ∿ Les seules dispositions applicables au père administrateur légal sont celles qui organisent directement la gestion, qui règlent les pouvoirs du tuteur, qui déterminent le mode et les conditions de l'administration : or, l'art. 472 n'est point relatif à cet ordre d'idées, puisqu'il suppose que l'administration a cessé : il s'agit uniquement de rendre compte.—D'ailleurs, cet article établit une règle exorbitante; par conséquent, il faut la restreindre au tuteur. — Nous en dirons autant de l'article 474, car il consacre deux exceptions aux principes généraux établis par les articles 1153 et 1996; et de l'article 475, qui limite à dix ans l'action du mineur contre son tuteur : de droit commun, en effet, les actions durent 30 ans (2262). — Ajoutons que le père administrateur étant moins gêné que le tuteur, puisque ses biens ne sont pas grevés d'hypothèque légale, il n'y a point de raison pour le traiter plus favorablement que ne le sont les autres administrateurs en général : s'il n'a pas les charges, il ne doit pas avoir les avantages. (Valette sur Proudhon, t. 2, p. 282, note *a*; Demolombe, n° 457.)

En cas d'interdiction du mari, ou s'il se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, qui administrera les biens du mineur? ∿ La femme, si elle a été nommée tutrice (507).—Mais *quid* si la tutelle a été conférée à un tiers? ∿ On peut dire que la femme n'est pas moins investie de la puissance paternelle; qu'à ce titre, conservant l'administration de la personne des enfants, on doit lui accorder également l'administration de leurs biens, lors même que le père en a l'usufruit légal. ∿ Mais il nous semble rationnel de laisser aux tribunaux le soin de statuer, en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, pour le plus grand intérêt de l'enfant.—S'ils peuvent charger un tiers du soin de sa personne, à plus forte raison doivent-ils avoir la faculté de lui conférer l'administration des biens. (Demolombe, n° 451.)

Peut-on donner ou léguer des biens à un enfant, sous la condition que le père n'en aura pas l'administration (nous ne disons pas la jouissance, car cela est permis (387)? ∿ Une semblable condition, disent quelques personnes, blesserait les bonnes mœurs et l'ordre public, comme injurieuse pour l'autorité paternelle; de plus elle répugnerait à l'esprit de la loi, car, en permettant au disposant de

(1) Riom, Du droit français et étranger, 1834, p. 666, 667 et 685.

(2) Paris, 29 août 1825; Cass., 16 décembre 1829, Dev. Pal.; — Demolombe, n° 430; Valette sur Proudhon, p. 283.

priver les père et mère de l'usufruit légal (387), elle manifeste, par cela même, l'intention de le maintenir nécessairement, nonobstant toute clause contraire, dans l'administration des biens : *Qui de uno dicit negat de altero.*—Assurément, une décision judiciaire peut lui enlever cette administration dans certains cas d'indignité déterminés par la loi (444); mais la volonté privée, le caprice du disposant ne sauraient avoir la même autorité. — Il suit de ces observations que la clause dont il s'agit doit être considérée comme non écrite (900) (1). — Il en serait ainsi quand même la libéralité résulterait d'un testament, si l'ouverture du legs ne devait avoir lieu qu'après la dissolution du mariage (2). Quoi qu'il en soit, nous ne saurions voir dans la clause qui confierait à un tiers l'administration des biens, une condition contraire à l'ordre public ou aux mœurs.—Distinguons, en effet, dans les attributions du père, celles qui sont essentielles de celles qui sont naturelles ou accidentelles; celles qui sont tellement inaltérables, que la puissance paternelle cesserait d'exister s'il était permis d'y porter atteinte, de celles que le père administrateur peut abdiquer sans que l'autorité paternelle perde son caractère : aucune stipulation, par exemple, ne pourrait dispenser la femme de vivre avec son mari (214) ou de demander son consentement pour certains actes de la vie civile; mais rien ne s'opposerait à ce qu'elle se réservât l'administration et la jouissance de tout ou partie de ses biens.—Le mari peut même être privé de cette administration, sans que son autorité se trouve altérée (223, 1401, 1538, etc.; Paris, 27 janvier et 27 août 1835, Dev. 1835, 2, 65 et 518.) — Pareillement, un père ne peut s'interdire le droit de consentir au mariage ou à l'adoption de son enfant (148, 346); de le faire détenir, soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition (375), ou de l'émanciper (477): mais nous ne voyons point ce qui s'opposerait à ce qu'il se fît dispenser ou décharger de l'administration des biens, alors que la mère elle-même peut refuser cette administration (394). S'il peut en être déchargé sur sa demande, pourquoi donc le donateur ne pourrait-il valablement stipuler qu'un tiers administrera les biens dont il dispose?—Nous rétorquerons même, contre nos adversaires, l'argument qu'ils prétendent tirer de l'article 387 : la faculté d'enlever l'usufruit nous semble emporter avec elle la faculté d'enlever l'administration; c'est là une extrémité souvent nécessaire pour que l'enfant puisse profiter d'une libéralité qu'un père dissipateur ou incapable d'administrer pourrait rendre vaine. — A quel titre le père conserverait-il l'administration des biens, s'il n'en a pas l'usufruit? Celui qui peut ne pas donner doit pouvoir mettre à sa libéralité telle condition que bon lui semble, pourvu qu'elle ne blesse ni l'ordre public ni les bonnes mœurs. (Cass. 11 nov. 1828, D. 1829, 1, 6; Dev. Pal.) — Au surplus, il s'agit ici d'une question de fait; les tribunaux jugeront eu égard aux circonstances : ils maintiendront la clause, si l'administration du père ne présente pas toutes les garanties désirables; ils en prononceront l'annulation dans le cas contraire (3).—Nous supposons que la clause du testament qui frappe le père d'incapacité est dictée par des motifs sérieux, raisonnables, légitimes, et par l'intérêt de l'enfant : on devrait réputer non écrites (900) celles qui auraient pour but ou pour résultat d'humilier la puissance paternelle; par exemple, s'il était dit : « le père du légataire mineur n'aura pas l'administration des biens

(1) Dur., p. 369, t. 3, note; Toullier, n° 268; Duvergier, n° 1068; Favard, Rép., v° Puiss. pat., t. 3, sect. 2, § 3, n° 10; — Besançon, 15 novembre 1807, S., 1807, 2, 97; Caen, 11 août 1825, Dev. Pal.

(2) Rouen, 29 mai 1845, Dev., 1846, 2, 379; Dal., 1845, 2, 148; Pal., 1848, 1, 568.

(3) Dur., n° 375, t. 2; Duvergier sur Toullier, t. 2, n° 1068, note *a*; Zach., t. 1er, p. 298; t. 2, p. 202; Proudhon, Usufruit, t. 1er, n°s 240 et suiv.; Vaz., Mariage, t. 2, n° 458; Merlin, Rép., Puissance paternelle, sect. 5; Demolombe, n° 458; Valette sur Proudhon, p. 283; Rolland, Puiss. pat., n° 50; — Cass., 11 novembre 1828, Dev.Pal.; Cass., 30 avril 1833, D., 1833, 1, 222; Nîmes, 20 décembre 1837, Dev., 1838, 2, 270; Pal., 1838, 2, 343; D., p. 38, 2, 101; Caen, 20 novembre 1840, Dev., 1841, 2, 78.

légués ; cette administration sera confiée à un curateur spécial (1); ou bien encore : — le père ne pourra gérer qu'avec l'assistance d'un conseil (2). »

Il est un point, du reste, que concèdent les auteurs qui professent l'opinion que nous combattons : tous admettent que la clause recevrait son effet, si le mariage était dissous, car le survivant agirait alors comme tuteur et non comme administrateur légal.

Le survivant des père et mère conserve-t-il, après la dissolution du mariage, l'administration des biens, s'il n'est ni usufruitier légal ni tuteur? ⁂ A quel titre conserverait-il cette administration? (Demolombe, nº 448 *bis*.)

DE LA TUTELLE (3).

SECTION PREMIÈRE.

DE LA TUTELLE DES PÈRE ET MÈRE.

La tutelle est dévolue de plein droit au survivant des père et mère.

Dans l'usage, on qualifie cette tutelle de *naturelle*, parce qu'elle est fondée sur la nature, qui semble charger les père et mère du soin de veiller sur la personne et sur les biens de leurs enfants.

La tutelle commence au moment de la dissolution du mariage, arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux.

Deux qualités se trouvent alors réunies sur la même tête : la puissance paternelle et la tutelle.

En vertu de la première, le survivant administre la personne, c'est-à-dire, exerce le droit d'éducation et de direction. Toutefois, il faut se rappeler que son pouvoir ne peut dégénérer en despotisme, que l'enfant n'est point sans protection contre l'arbitraire ; si quelques abus d'autorité, ou des preuves d'une négligence coupable se révélaient, le tuteur devrait éveiller la sollicitude du conseil de famille ; ce conseil provoquerait alors telles mesures que les circonstances exigeraient (373). Ces mesures, du reste, n'auraient rien de définitif ni d'irréparable ; elles pourraient toujours être modifiées ou révoquées. (Demolombe, nº 392.)

En vertu de la seconde, il administre les biens et se trouve soumis, sauf quelques restrictions (453, 454, 470 et 601), aux obligations et aux charges que la qualité de tuteur entraîne.

(1) Caen, 11 août 1825, D., 1826, 2, 159, Dev. Pal.

(2) Merlin, Rép., vº Puissance paternelle, p. 400 et suiv.

(3) Suivant Proudhon, p. 280, « la tutelle, dans ses effets, est un quasi-contrat formé entre » celui qui compte d'un côté, et celui qui y est soumis d'autre part, en vertu duquel l'un est » obligé d'avoir soin de la personne et des biens de l'autre, et celui-ci d'indemniser le premier » de ses impenses et travaux. » — Valette (*ibid*, note *a*) rejette avec raison cette classification : « Les quasi-contrats, dit-il, résultent des faits purement volontaires de l'homme (1371) ; or l'en- » gagement du tuteur résulte de l'autorité seule de la loi. » — Au surplus, ce n'est là qu'une question de classification, aucun intérêt pratique ne s'y rattache.

Il peut arriver que la tutelle, c'est-à-dire, dans le cas prévu, l'administration des biens, ait été conférée à un tiers : le survivant et le tuteur, chacun en ce qui le concerne, exercent alors les droits et subissent les obligations attachées à leur titre : *Aliud est educatio, aliud tutela.*

Si la puissance paternelle vient à cesser par une cause quelconque, le droit de garde et d'éducation se réunit aux pouvoirs du tuteur, conformément à la règle générale (450), à moins que le tribunal en ait autrement ordonné.

Si des difficultés s'élèvent entre le survivant et le tuteur, au sujet de leurs attributions respectives, il appartient aux tribunaux de les trancher (1).

Cette coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle paraît choquante au premier abord, car le survivant des père et mère et le tuteur sont investis de la même mission : celle de gouverner la personne et d'administrer les biens (372, 384 et 389); mais il faut observer que la puissance paternelle confère des droits plus étendus que la tutelle ; on signale notamment les différences suivantes :

1° Le droit d'éducation est souverain dans la personne des père et mère, sauf l'intervention du tribunal, en cas d'abus. — Le tuteur est soumis à la direction et au contrôle d'un conseil de famille permanent (454).

2° Le père a le droit de correction, soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition (376 et 377) ; la mère elle-même a l'exercice de ce droit sous certaines restrictions (381). — Le tuteur ne peut que soumettre ses sujets de plainte au conseil de famille (468).

3° Le survivant, investi de la puissance paternelle, peut émanciper son enfant par une simple déclaration faite devant le juge de paix. — Le tuteur n'a pas le droit d'émancipation (477 et 478).

4° L'enfant doit, pour se marier, obtenir le consentement de ses père et mère ou du survivant (148 et suiv.). — Le tuteur n'est point même appelé à donner son avis; à défaut d'ascendants, il appartient au conseil de famille de prononcer.

5° La puissance paternelle est un droit inhérent à la qualité de père ou de mère ; elle ne peut cesser que dans les cas prévus par la loi pénale (335 C. pén., 24 et 25 C. civ.). — Le tuteur peut être exclu ou destitué (art. 427 à 449 C. civ.).

6° Certains attributs de la puissance paternelle sont institués en faveur des père et mère seuls (384). — La tutelle est toute en faveur de l'enfant.

En disant que la puissance paternelle est un *droit*, et la tutelle une charge (art. 419), les auteurs se placent sous ce dernier point de vue.

7° Enfin, le père ou le survivant usufruitier légal (384) administre les biens en son nom personnel. — Le tuteur agit toujours, comme mandataire légal, au nom du mineur.

(1) Demolombe, nos 595 et suiv ; — Poitiers. 15 février 1811; Bastia, 31 août 1826; Cass., 8 août 1815, Dev. Pal.

La position du père et celle de la mère comme tuteurs diffèrent sous plusieurs rapports :

1° Les pouvoirs du père survivant ne peuvent être modifiés par la mère ; ceux de la mère peuvent être limités par le père (391 et 392).

2° Le père qui se remarie conserve la tutelle sans avoir besoin de remplir aucune formalité. — La mère doit, dans le même cas, se faire maintenir par le conseil de famille ; elle est même tenue de faire ses diligences avant le mariage, sous peine de perdre de plein droit la tutelle (395).

3° Le père ne peut refuser la tutelle, à moins qu'il n'ait une cause légitime d'excuse. — La mère peut refuser sans donner de motifs (394).

On applique, du reste, aux père et mère tuteurs toutes les règles de la tutelle ordinaire. (*V.* toutefois l'article 470.) — De même que le tuteur datif, ils peuvent être exclus ou destitués dans les cas prévus par la loi (1).

Lorsque le survivant a perdu la tutelle par une cause quelconque, il appartient au conseil de famille de faire choix d'un autre tuteur : en effet, il résulte formellement de l'article 402 que la tutelle légitime des ascendants ne s'ouvre que par la mort des père et mère ; hors ce cas, il faut donc nécessairement recourir à la tutelle dative. — Ainsi que nous le verrons, cette solution résulte des termes mêmes de l'article 394.

La loi détermine d'abord le moment où commence la tutelle des père et mère (390). Les articles suivants concernent spécialement la mère.

Trois cas sont prévus : 1° un conseil a été nommé par le père prédécédé (391 et 392) ; 2° la mère est enceinte (393) ; 3° elle veut se remarier (395 et 396).

390 — Après la dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère.

= Tant que le mariage dure, il n'y a pas tutelle, mais administration légale ; après la mort du père ou de la mère, mais seulement alors, la tutelle commence avec toutes les charges et toutes les obligations qu'elle entraîne : elle est déférée de plein droit au survivant des père et mère. — Cette proposition résulte clairement des articles 389 et 390 combinés : il faut se rappeler, à cette occasion, que nous nous sommes principalement appuyé sur ces articles pour décider : 1° qu'il n'y a point de tutelle pendant la première période de l'absence (141 et 142) ; 2° que, si l'un des époux a encouru la déchéance prononcée par l'article 335 C. pén., l'administration légale ne continue pas moins, bien que les tribunaux aient confié à un tiers la garde et l'éducation de l'enfant : ce tiers agit alors comme mandataire et non comme tuteur.

(1) Riom, 15 avril 1809, Dev. Pal. ; Paris, 24 juillet 1835, D., 1835, 2, 155, Pal.

La tutelle est déférée au survivant des père et mère par la seule force de la loi, lors même qu'il serait mineur : en principe, il est vrai, les mineurs ne peuvent être tuteurs ; mais précisément, l'article 442 C. C., qui proclame cette règle, fait exception pour les père et mère.

En cas d'excuse, d'exclusion ou de destitution du survivant, il y a lieu, ainsi que nous l'avons déjà dit, à la tutelle dative.

— L'article 390 parle seulement des enfants légitimes : doit-on conclure de là qu'il n'y a point de tutelle légale des enfants naturels? ∽ Quelques auteurs décident, par argument des articles 158, 383, 405 et 765, que les père et mère naturels sont investis de tous les droits relatifs aux intérêts de l'enfant : l'affection des parents, disent-ils, est toujours la même ; elle offre pour l'enfant les mêmes garanties (1). ∽ Néanmoins, on admet généralement qu'il ne peut y avoir lieu qu'à la tutelle dative, c'est-à-dire, que, si l'enfant a des biens personnels, l'auteur de la reconnaissance, quoique investi de certains attributs de la puissance paternelle (*voy.* art. 383), sera tenu de faire convoquer le conseil de famille pour statuer sur la désignation d'un tuteur.—Remarquons, en effet, que des trois sortes de droits qui découlent de la puissance paternelle, à savoir, le droit d'éducation, l'administration légale et l'usufruit, le premier est le seul qui soit formellement accordé aux père et mère naturels ; la loi se tait sur les deux autres.—Tous les articles compris dans les sections 1 et 2 du chapitre qui nous occupe supposent que les père et mère sont légalement mariés : ainsi l'art. 390 n'attribue la tutelle au survivant des père et mère que dans le cas de *dissolution de mariage* arrivée par la *mort de l'un des époux ;* or on ne peut reconnaître une tutelle légitime là où la loi ne l'a pas établie ; il n'y a donc point de lacune à combler. Le droit est exorbitant.—D'ailleurs, les père et mère naturels, à raison de leur conduite antérieure, n'inspirent pas la même confiance que les père et mère légitimes. — Il eût été inconséquent de leur attribuer des droits plus étendus que ceux qui étaient accordés aux époux divorcés ; or ces derniers n'avaient pas la tutelle. Au surplus, rarement le conseil fixera son choix sur un autre que le père ou la mère. (Valette sur Proudhon, no 290.) (2).

Au résumé, les père et mère légitimes seuls ont l'administration légale ; or la tutelle légitime n'est déférée qu'à ceux qui ont eu cette administration ; donc elle ne peut appartenir aux père et mère naturels, puisqu'ils n'en ont pas été investis (3). (*V.* p. 276.) — Par une conséquence des mêmes principes, nous déciderons qu'ils ne peuvent nommer à l'enfant de tuteur testamentaire (397) ; car cette dernière faculté dérive, comme la première, de l'administration légale (4).

391 — Pourra néanmoins le père nommer à la mère survivante et tutrice un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle.

(1) Magnin, nos 502 et suiv.; Deiv., p. 107, no 1 ; Vaz., Mariage, nos 478 et suiv.; Chardon, Puissance paternelle, nos 40 et suiv. ; — Bruxelles, 6 février 1811, Dev. Pal.; Colmar, 24 mars 1813 ; Toulouse, 1er septembre 1809 ; Grenoble, 21 juillet 1836, Dev. 1837, 2, 471 ; D., 37, 2, 157; Pal., 37, 2, 503.

(2) Dur., no 431, t. 3 ; Demolombe, nos 26, 29, 42, 45; Favard, vo Tutelle, § 1, no 5 ; Rolland, vo Enfant naturel, no 62; Merlin, quest., vo Tuteur, § 4 ; Coin-Delisle, vo Enfant naturel, § 55, t. 3 ; — Toulouse, 25 juillet 1809; Paris, 7 août 1811 ; Amiens, 23 juillet 1814; Grenoble, 5 août 1819, Dev. Pal.; Agen, 19 février 1830, Dev., 1832, 2, 58, Pal.

(3) Chardon, p. 67 ; — Pau, 15 février 1822, Pal. Dev.

(4) Dur., no 431, t. 3; Demolombe, nos 26-29, 42-45.

Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil sera nommé, la tutrice sera habile à faire les autres sans son assistance.

=La tutelle est déférée sans distinction au survivant des père et mère ; toutefois, il existe, dans la position de chacun d'eux, certaines différences, soit quant à l'étendue de leurs pouvoirs, soit quant aux causes d'excuse ou d'exclusion.

Ainsi, tandis que la mère ne peut, dans aucun cas, modifier les droits du père survivant (1), nous voyons au contraire que le père a la faculté de restreindre ceux de la mère, non quant aux actes de puissance paternelle, mais quant aux actes de tutelle, s'il ne lui reconnaît pas la capacité d'administrer convenablement.

Pourquoi cette différence? La tutelle n'est pour le père qu'une suite de l'administration légale qu'il avait pendant le mariage, administration qui s'étendait à tous les biens présents et à venir de l'enfant, et qui elle-même n'était qu'une conséquence de la puissance paternelle ; or, comme la mère n'a jamais eu cette autorité, on conçoit qu'elle n'ait pu en modifier l'exercice. Le droit est demeuré entier au moment de la dissolution du mariage.

Mais la raison voulait qu'on laissât au père, juste appréciateur des difficultés que pourra présenter l'administration, la faculté de prendre quelques garanties dans l'intérêt des enfants au moment où le droit prend naissance dans les mains de la mère.

Assurément, il ne pourrait lui enlever la tutelle, ni même lui adjoindre un cotuteur (2), car ce serait porter atteinte aux pouvoirs qu'elle tient de la loi ; d'ailleurs, de semblables mesures seraient injurieuses, et sous ce rapport attentatoires à l'ordre public : mais il est autorisé à placer près d'elle, même sans donner de motifs, un conseil spécial, soit pour tous les actes relatifs à la tutelle, soit pour certains actes spécialement déterminés.

Ce conseil ne sera pas seulement un simple conseiller, que la mère devra consulter, mais dont elle pourra se dispenser de suivre l'avis ; sa liberté d'action est enchaînée : la loi ne se borne pas à dire : la mère ne pourra faire tels actes *sans avoir pris l'avis du conseil;* elle porte : *sans l'avis du conseil*, ce qui suppose un accord : c'est le *concours, l'assistance* du conseil, qu'elle requiert; les actes que la mère ferait malgré lui ou à son insu seraient donc frappés de nullité (3).—Telle est également la signification donnée au mot *assistance*, dans les art. 480, 482, 499 et 513. —S'il s'agissait, par exemple, d'un payement à faire, le débiteur devrait donc prudemment faire signer la quittance par la femme et par le conseil.

(1) Besançon, 15 novembre 1807. — Delvincourt, p. 117, n° 2, décide néanmoins que la faculté dont il s'agit appartient également à la mère dans certaines circonstances, par exemple, si l'inconduite du père est telle qu'elle puisse inspirer une juste défiance. Mais c'est là faire la loi.

(2) Magnin, t. 1er, n° 450.

(3) Demolombe, nos 92 et suiv; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 287; — Aix, 31 mars 1840, Dev., 1840, 2, 203. — *Voy.* cep. Zach., t. 1er, p. 272.

Observons surtout que ce conseil n'a pas un pouvoir d'action, mais seulement un pouvoir négatif; il peut refuser son concours, mais il ne peut provoquer aucun acte : le droit d'agir n'appartient qu'au tuteur (1).

Le père doit, autant que possible, circonscrire son choix parmi les personnes qui peuvent devenir tutrices. Tel nous paraît être l'esprit de la loi.

Le conseil désigné est-il tenu d'accepter? les articles 401, 426, 427 et suivants, lui sont-ils applicables? — Non, évidemment : ces articles ne concernent que le tuteur et le subrogé tuteur; or, le conseil n'est en réalité qu'un mandataire; nul doute qu'il pourrait même se dégager après avoir accepté. (Arg. des articles 2003 et 2007; Demolombe, nos 86 et 87.)

Il est bien entendu que la nomination d'un conseil ne dispense pas la mère d'observer les formalités et conditions qui lui sont imposées comme tutrice; car le père s'est proposé, par cette nomination, d'augmenter les sûretés et non de les diminuer : ainsi, un subrogé tuteur doit toujours être nommé; l'autorisation du conseil de famille, dans les cas où elle est requise, ne doit pas moins être obtenue, etc.

Il faut remarquer, en outre, que le concours du conseil ne dégage pas la mère de la responsabilité qui pèse sur elle; car tout ce qu'elle fait, elle le fait volontairement; le conseil ne lui impose pas l'obligation d'agir : sans doute on sera moins rigoureux dans l'appréciation des fautes; mais enfin elle n'en supportera pas moins les conséquences (2).

Les fonctions du conseil cessent nécessairement en même temps que celles de la mère, c'est-à-dire, par la majorité ou l'émancipation du mineur; par le décès, par la révocation ou par la destitution de la mère.—Si un nouveau tuteur est nommé, ce tuteur n'est pas soumis à la même assistance.

Elles peuvent cesser même avant la tutelle, par la mort du conseil, par sa démission (2003 et 2007), par sa révocation, que le conseil de famille peut prononcer, etc. Dans ces divers cas, il n'y a pas lieu de le remplacer; il s'agit d'une mission toute personnelle et de confiance, qui ne peut émaner que du père. — La mère exerce alors sans entraves les pouvoirs attachés à sa qualité de tutrice, à moins que le père n'ait désigné, dans la prévoyance de ce cas, un second conseil; faculté dont il jouit, puisqu'elle ne lui est pas interdite (3).

Mais il ne pourrait conférer à plusieurs des pouvoirs simultanés; car la difficulté d'obtenir leur concours entraverait à chaque instant la gestion; d'ailleurs l'urgence peut être telle, que tout retard deviendrait fatal, et l'expérience nous apprend que le succès d'une affaire dépend souvent d'une détermination prompte. — Au surplus, le texte

(1) Bruxelles, 21 mai 1806; Douai, 17 janvier 1820, Dev. Pal.;—Rolland de Villargue, v° Conseil de tutelle, n° 28; Magnin, nos 41 et 450.

(2) Demolombe, n° 96; Delv., p. 10, n° 4; D., Tutelle, ch. 2, sect. 1re; — Paris, 4 janvier 1823, Dev. Pal.

(3) Dur., n° 421; Zach., t. 1er, p. 273; Magnin, t. 1er, n° 451; Demolombe, nos 105 et suiv.

n'autorise que la nomination d'une seule personne : le mot *conseil* ne signifie pas *comité consultatif*. (*Voy.* les articles 391, 399 et 513.) Si la loi entendait parler d'une assemblée, elle prendrait soin de déterminer le nombre des membres qui doivent la composer. (Demolombe, nº 89.)

Dans tout ce qui précède, nous avons supposé qu'il s'agit de la tutelle, c'est-à-dire, de l'administration des biens : pour ce qui regarde la personne, le père ne peut soumettre la mère à aucune direction, ni même restreindre l'exercice de ses pouvoirs; car elle agit alors comme investie de la puissance paternelle, autorité sacrée à ce point, qu'il faut, pour en détruire l'effet, une condamnation pénale. (Art. 335 C. pén.; arg. de l'article 1388.)—Ainsi, la mère ne serait pas tenue de consulter le conseil pour user du droit de correction, pour consentir au mariage de ses enfants, pour les émanciper, etc. (Toullier, nº 1097.)

— Les actes faits par la mère tutrice, sans l'aveu du conseil, sont-ils annulables à l'égard des tiers? ∽ Point de question si les tiers ont connu l'incapacité de la mère; mais *quid*, s'ils ont ignoré la nomination du conseil? Par exemple, un père avait interdit à la mère de recevoir un capital mobilier sans être assistée d'un conseil; le débiteur, ignorant cette prohibition, a payé entre les mains de la mère; l'argent se trouve dissipé : le débiteur sera-t-il libéré? ∽ Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : autrefois l'obligation imposée au tuteur, de prendre l'avis d'un conseil de tutelle, était concentrée entre le tuteur et les mineurs eux-mêmes; elle avait pour seul effet de rendre le tuteur personnellement responsable envers le mineur (1). — Faire peser sur les tiers cette responsabilité, ce serait leur tendre un piége, car la nomination du conseil ne reçoit aucune publicité; elle se trouve consignée, soit dans un testament, soit dans un acte reçu par le juge de paix ou par un notaire. — Le payement a été fait de bonne foi, puisque la mère trouvait dans son titre de tutrice qualité pour recevoir (450) : la règle générale de l'article 1240 exerce donc ici son empire. — Mieux vaut déclarer valables les actes dont il s'agit, en réservant à l'enfant un recours contre sa mère lorsqu'il sera parvenu à sa majorité.—On suppose, bien entendu, que ces actes sont de la nature de ceux que la mère a pu faire seule; autrement, la bonne foi ne pourrait exister (2). ∽ Quoi qu'il en soit, l'opinion contraire paraît mieux fondée : en principe, on doit déclarer annulables les actes faits par la mère sans l'assistance du conseil, car elle n'a point qualité pour agir seule; sauf ensuite aux tiers à prouver leur bonne foi, c'est-à-dire, qu'ils n'ont pu connaître la nomination du conseil. S'il en était autrement, cette nomination ne serait qu'un moyen illusoire de protection pour le mineur : sans doute, il aurait son recours en dommages-intérêts contre la mère; mais il peut arriver qu'elle soit insolvable;—d'ailleurs ce serait en quelque sorte accorder à l'enfant un recours contre lui-même, puisqu'il est héritier présomptif de sa mère.—Nous le répétons, il s'agit d'une question de bonne foi; les juges doivent la résoudre eu égard aux circonstances. — La nullité résultant du défaut d'assistance du conseil est relative; l'enfant seul peut la proposer. (Arg. de l'art. 1125.) (3).

Si la mère et le conseil sont d'avis différents, est-ce à dire que l'acte ne sera

(1) Merlin, Quest., vº Tuteur, § 1er.

(2) Delv., p. 107, nº 4; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 288; Favard, Rép., vº Conseil de tutelle, nº 24.

(3) Demolombe, nos 98 et suiv.; — Aix, 31 mars 1840, Dev., 1840, 2, 303; Turin, 25 juin 1810 Dev. Pal.

pas fait? ✓✓ Ce serait souvent rendre l'enfant victime de la mauvaise volonté du conseil ou d'une opinion déraisonnable : il faut alors recourir à l'autorité supérieure pour faire prononcer entre la mère et le conseil, et cette autorité sera tout naturellement le conseil de famille. C'est ainsi qu'on procède lorsque le conseil judiciaire d'un prodigue refuse son assistance.—Nous ne pensons pas que la mère doive saisir le tribunal, opinion émise par Chardon, Puiss. tut., nº 11. (Demolombe, nos 95 et suiv.; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 287;—Orléans, 15 mai 1847, Dev., 1847, 2, 567.)

On peut même prétendre que la mère n'a pas besoin de l'avis de son conseil, lorsqu'il s'agit de l'administration de biens dont elle a la jouissance; car elle exerce alors un attribut de l'autorité paternelle, un droit qui lui est propre (595). (Demolombe, nº 96.)

Le conseil est-il responsable de ses avis? ✓✓ On ne peut, disent quelques personnes, exiger de lui plus de soins qu'il n'en donne à ses propres affaires; il n'est pas comptable; par conséquent sa responsabilité ne commence que si le dol est prouvé : *Consilii non fraudulenti nulla est abligatio* (1). ✓✓ On répond que le mandataire est tenu, non-seulement de son dol, mais encore de sa faute (991 et 1992); or, il y aurait faute, s'il avait compromis les intérêts du mineur, soit par sa négligence, soit par une absence totale d'examen, soit par un refus obstiné, que ne justifierait pas la raison.— La règle *Consilii non fraudulenti* s'applique seulement à celui qui donne un conseil officieux : ici le concours du conseil est *nécessaire* (2).

S'il arrive que la mère se remarie et qu'elle soit maintenue dans la tutelle, le conseil conserve-t-il ses fonctions? ✓✓ Aucun texte ne déclare le contraire (396) : la nomination du conseil a pour but d'augmenter les garanties du mineur, et non de les diminuer. (Demolombe, nº 101.)

392 — Cette nomination de conseil ne pourra être faite que de l'une des manières suivantes :

1° Par acte de dernière volonté;

2° Par une déclaration faite ou devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devant notaires.

= Cet article est conçu en termes restrictifs : la nomination du conseil ne peut être faite que de l'une des manières qu'il indique.

On observe que les mots : *acte de dernière volonté*, ne rendent point parfaitement la pensée du législateur; ces mots : *fait en forme de testament*, eussent été plus convenables. En effet, pour la validité de cette nomination, il n'est pas nécessaire que l'acte testamentaire contienne une disposition de biens. (*V.* pour la forme des testaments, les articles 969 et suiv.)

La déclaration doit être faite soit devant le juge de paix assisté de son greffier, soit devant notaires : tous autres officiers publics seraient incompétents. — Cette déclaration ne pourrait valablement résulter d'un acte privé, à moins que l'acte ne fût conçu dans la forme testamentaire (970).

De même qu'il dépend du père de révoquer, jusqu'au dernier instant

(1) Delv., p. 107, nº 4; D., Tutelle, ch. 2, sect. 1re.

(2) Demolombe, nº 102; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 288; Zach., p. 273, t. 1er.

de sa vie, son testament, de même il a la faculté de révoquer la nomination qu'il a faite.

Demolombe décide que la révocation doit nécessairement avoir lieu dans la même forme que la nomination; il invoque le texte de l'article 1035 : mais ce texte nous semble décider précisément le contraire : en effet, les testaments et les actes publics ont sous ce rapport un égal degré de force, puisqu'ils sont placés sur la même ligne par l'art. 392; peu importe, dès lors, que le père ait employé l'une ou l'autre forme.

— Quel est le juge de paix compétent? ∿ Celui du domicile de la femme survivante, selon Zach., t. 1er, p. 205 et 272 : l'article 392, dit cet auteur, porte : devant *le* juge de paix ; il n'est pas dit : devant *un* juge de paix.— D'ailleurs, comme la tutelle doit s'ouvrir au lieu du domicile, il est convenable que la nomination du conseil soit faite dans ce lieu.∿ Que déciderons-nous? Le projet contenait un article ainsi conçu : « Le survivant des père et mère ne peut choisir un tuteur que par acte de dernière volonté, ou par déclaration faite soit devant *le juge de paix de son domicile*, soit devant un notaire en présence de témoins. » (Art. 16.) La section du tribunat proposa de substituer aux mots : LE juge de paix, ceux-ci : UN juge de paix (Fenet, t. 2, p. 72 ; Locré, Législ., t. 7, p. 216), afin de ne pas conférer d'attribution exclusive au juge de paix du domicile.— Rien dans la discussion n'atteste que cette doctrine ait prévalu; cependant, elle nous semble rationnelle : si la nomination peut avoir lieu devant un notaire quelconque, pourquoi restreindrait-on la compétence exclusive au juge de paix du domicile? (Toullier, no 1097; Demolombe, no 83.)

393 — Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille.

A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur en sera de plein droit le subrogé tuteur.

= La tutelle, avons-nous dit, commence à l'instant où le mariage se dissout par le prédécès de l'un des époux : mais il faut observer qu'on ne donne de tuteur qu'à l'enfant déjà né : *Ventri tutor à magistratibus populi romani dari non potest.*— Cependant, il est indispensable de pourvoir à la conservation des biens que l'enfant pourra être appelé à recueillir, et de prendre certaines mesures pour garantir ses droits, s'il naît viable, ou ceux des personnes qui viendront à son défaut.

Or, un double danger se présente : d'une part, on a lieu de craindre que la mère ne fasse disparaître l'enfant dont elle est enceinte, par exemple, afin de conserver intactes les libéralités qu'elle aura reçues de son mari. — D'un autre côté, on conçoit que la veuve pourrait avoir intérêt à supposer une grossesse ou un accouchement, afin de conserver, à l'exclusion des héritiers de son mari, la jouissance des biens héréditaires, et de se réserver, pour l'éventualité du prédécès de son enfant, la quotité qui lui sera légalement attribuée dans sa succession (746).

Quel parti prendre? Le conseil de famille nomme un *curateur au ventre :* cette expression énergique a passé du droit romain dans notre

ancienne jurisprudence; le conseil d'État l'a maintenue, malgré les observations du tribunat : elle indique clairement que le curateur n'est pas un représentant de l'enfant à naître, mais un surveillant, un gardien, qu'il a pour mission d'empêcher la supposition ou la suppression de part, et de veiller à la conservation des biens qui pourront être dévolus à l'enfant.

Comment constater la grossesse? A Rome, il était d'usage de recourir à une visite des hommes de l'art (*inspiciendo ventre custodiendoque partu;* l. 25, t. 4); nos mœurs veulent qu'on s'en rapporte à la veuve lorsqu'elle se déclare enceinte. (Aix, 19 mars 1807; Dev. Pal.)

Est-ce à dire que la nomination d'un curateur au ventre ne puisse avoir lieu qu'autant que la femme avoue sa grossesse? Une semblable doctrine serait contraire au texte et à l'esprit de la loi : *au texte*, car il n'exige point cet aveu; — *à la pensée du législateur*, car le curateur n'est pas nommé dans l'intérêt de la veuve, mais dans celui de l'enfant et des parents du mari (1). — Dès lors, on doit reconnaître à toute partie intéressée qualité pour provoquer cette mesure, lorsque des motifs graves donnent lieu de soupçonner qu'elle veut dissimuler son état ou qu'elle n'est pas enceinte.

Dans ce dernier cas, nous ne voyons pas ce qui s'opposerait à ce qu'on eût recours à des hommes de l'art; mais alors une autorisation du tribunal serait nécessaire, et le tribunal ne l'accorderait que si de fortes présomptions de fraude s'élevaient (Demolombe, nº 60); — bien plus, le juge de paix pourrait convoquer d'office le conseil de famille (2).

Le curateur au ventre, avons-nous dit, a pour mission :

1º De veiller à ce qu'il n'y ait ni supposition ni suppression de part, c'est-à-dire, à ce que la mère ne présente pas comme sien un enfant qui lui serait étranger, ou ne fasse pas disparaître celui dont elle serait accouchée. — Il est bien entendu que le curateur doit exercer cette surveillance avec toute la réserve que réclame le caractère honorable de la personne qui en est l'objet; qu'il doit se borner à des visites de politesse et à prendre des renseignements. Nous croyons toutefois qu'il est tenu d'assister à l'accouchement (3).

2º D'administrer les biens devolus provisoirement à l'enfant; par conséquent, il doit en prendre possession. — La nature et l'étendue de ses pouvoirs sont déterminées par le but même de sa mission : simple séquestre, il est tenu de faire des actes conservatoires; au delà de cette limite, il est sans qualité : ainsi donc, le curateur doit requérir l'apposition des scellés, faire procéder à l'inventaire (4), prendre des mesures pour empêcher les soustractions et les détournements, recouvrer les capitaux, donner quittances, former des oppositions, interrompre les prescriptions qui sont sur le point de s'accomplir, etc. — Mais il

(1) Demolombe, nº 62. *Voy.* cep. Zach., t. 1er, p. 290.
(2) Merlin, Rép., vº Curateur, § 9; Magnin, t. 1er, nº 586; Demolombe, nº 65.
(3) Magnin, nº 588; Demolombe, nº 58.
(4) Demolombe, nº 75. — *Voy.* cep. Besançon, 14 mai 1810, Dev. Pal.

excéderait les bornes de son mandat, s'il faisait des actes susceptibles d'être différés sans inconvénient; par exemple, s'il passait des baux. Toutefois, il serait bien rigoureux d'annuler un bail consenti à des conditions convenables, surtout si les tiers avaient été de bonne foi (1). — En un mot, l'expression *administrer* est employée, dans l'article 393, *stricto sensu :* les actes non commandés par l'urgence nécessiteraient l'intervention du conseil de famille et l'observation des formalités prescrites pour le cas de tutelle. (Demolombe, n° 54.)

Puisque le curateur au ventre n'est pas tuteur, il est clair que ses biens ne sont pas frappés d'hypothèque légale (2121).

A la naissance de l'enfant, le curateur au ventre devient de plein droit subrogé tuteur; de ce principe résultent les conséquences suivantes :

1° Le curateur doit être nommé par le conseil de famille (422) ; autrement, l'harmonie des règles de la tutelle serait troublée ;

2° Il doit être choisi parmi les parents de la ligne paternelle ; — à défaut de parents, le conseil choisira un ami de la famille ;

3° La mère ne doit pas concourir à cette renonciation, puisqu'elle sera elle-même tutrice si l'enfant naît viable (393, 394; arg. des articles 423 et 426 ;)

4° L'acceptation de cette charge est obligatoire (arg. de l'art. 426).

Il va de soi que le curateur au ventre devra, comme tout administrateur, rendre compte de sa gestion (469, 813, 1993, etc., C. civ.) soit aux héritiers du mari, si l'enfant ne naît pas viable, ou s'il vient au monde 300 jours après celui de la dissolution du mariage; soit à la mère, devenue tutrice légale, si l'enfant naît viable avant l'expiration du 300e jour.

— Doit-on nommer un curateur au ventre, s'il existe, lors du décès du mari, des enfants vivants, majeurs ou mineurs, émancipés ou non émancipés ? — Quelques auteurs se prononcent d'une manière absolue pour la négative : si les enfants sont majeurs, disent-ils, l'enfant conçu ne court aucun danger, puisque ses frères prendront possession des biens et veilleront aux intérêts communs, sauf à laisser tout partage en suspens jusqu'à l'accouchement de la mère; s'ils sont mineurs, les mesures qu'il faudra prendre à leur égard profiteront à l'enfant posthume. (Dur., no 429.)

Cette doctrine est admissible lorsque les enfants sont majeurs ou mineurs émancipés ; on conçoit que la mère puisse avoir intérêt à simuler une grossesse, afin d'obtenir, par l'intermédiaire d'un enfant supposé, l'usufruit légal d'une partie des biens héréditaires, au préjudice des autres héritiers : sous ce premier rapport, la nomination d'un surveillant est indispensable ; d'un autre côté, cette mesure est nécessitée par l'intérêt de l'enfant à naître; car on a lieu de craindre des soustractions, des recels et des collusions frauduleuses.—Mais lorsque les enfants sont mineurs non émancipés, la position n'est plus la même : le projet contenait un article ainsi conçu : « Quand il existera d'autres enfants, le subrogé » tuteur remplira en même temps les fonctions de curateur au ventre. » (Locré, Législ., t. 7, p. 159.) Cet article a été supprimé sans doute ; mais que conclure de

(1) Toullier, t. 2, no 100; Dur., no 430; Demolombe, no 53.

là? s'ensuit-il que le législateur ait entendu soumettre l'hypothèse qui nous occupe à l'article 393, et faire de cet article une règle absolue (1)? Nous ne pouvons le croire : où serait pour la mère l'intérêt d'une supposition de part? où serait le danger pour l'enfant posthume? La mère n'a-t-elle point, par ses enfants existants, la jouissance légale de tous les biens laissés par son mari? Assurément elle pourrait, au moyen d'une supposition de part, prolonger sa jouissance sur les biens qui seront dévolus à cet enfant par l'effet du partage; mais on ne saurait supposer que la loi ait pressenti une semblable machination.— D'un autre côté, les intérêts de l'enfant posthume et ceux des héritiers du mari sont parfaitement garantis : il y a un tuteur : c'est la mère, ou une autre personne; un subrogé tuteur, un conseil de famille organisé : quelles plus grandes sûretés peut-on désirer?—Ajoutons que l'administration d'une masse de biens encore indivise ne peut être scindée sans de graves inconvénients. — Mais pourquoi chercher en dehors du texte des raisons de décider? Ces mots : *à la naissance de l'enfant, le curateur au ventre sera de plein droit subrogé tuteur*, supposent évidemment qu'on ne se trouve point dans le cas de tutelle. Or, telle n'est point notre hypothèse; nous supposons au contraire qu'il y a des enfants mineurs non émancipés. — Quant à la suppression de l'art. 6 du projet, elle est insignifiante : tout ce que l'on peut en conclure, c'est que l'article a été jugé inutile.—Au résumé, nous admettons qu'il faut nommer un curateur au ventre, bien qu'il y ait des enfants existants, majeurs ou mineurs émancipés; mais que cette nomination ne doit pas avoir lieu lorsque les enfants sont mineurs non émancipés (2).

Une autre question s'élève. Nous avons admis qu'il y a lieu de nommer un curateur au ventre lorsque les enfants existants sont majeurs ou mineurs émancipés : mais à qui appartiendra l'administration des biens? On ne pourrait, sans de graves inconvénients, scinder l'administration d'une masse de biens encore indivise : dans cet état de choses, obligé d'opter entre le curateur et les héritiers, il est rationnel de donner la préférence à ces derniers, sauf au curateur à intervenir dans l'intérêt des enfants à naître, s'il le croit nécessaire. (Demolombe, n° 74.)

394 — La mère n'est point tenue d'accepter la tutelle; néanmoins, et en cas qu'elle la refuse, elle devra en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur.

= La tutelle est une charge qu'on ne peut refuser sans excuse légitime : telle est la règle générale (427 et suiv.).

Mais cette règle souffre exception en faveur de la mère : le législateur a considéré qu'elle n'est relevée de l'incapacité qui frappe les femmes en général (444) que par égard pour son caractère, et qu'il eût été contradictoire de lui imposer un fardeau qu'elle peut trouver au-dessus de ses forces.

Par suite des mêmes principes, on admet, en doctrine et en jurisprudence, qu'elle n'est pas tenue de faire connaître la cause de son refus. — D'ailleurs, la loi ne lui impose pas cette obligation.

Mais une question qui était vivement débattue autrefois, et que plu-

(1) Magnin, t. 1er, *ibid.*, et D., *ibid.*

(2) Demolombe, nos 70 et suiv.; Delv., p. 105, n° 1; Zach., t. 1er, p. 270; Magnin, nos 592 et suiv., t. 2; D., Tutelle, chap. 2, sect. 1re.

sieurs auteurs élèvent encore de nos jours, se présente ici : après avoir accepté, la mère est-elle admise à se démettre? Au premier abord, on ne voit pas de raison pour lui interdire cette faculté : il peut arriver, en effet, qu'éclairée par l'expérience, et juste appréciateur de sa faiblesse, elle se reconnaisse incapable (1). — Quoi qu'il en soit, nous pensons qu'elle doit rester en charge; qu'elle s'est volontairement privée, par son acceptation imprudente, du bénéfice de la loi. Ces termes de l'article 394 : « *La mère n'est point tenue d'accepter la tutelle*, » supposent évidemment une acceptation *ab initio :* elle pouvait refuser sans doute, mais aucun texte ne l'autorise à revenir sur sa détermination. En acceptant, elle s'est volontairement placée sous l'empire de la règle commune; si des causes légitimes d'excuse lui sont survenues depuis (438 et 439), le conseil de famille les appréciera.—De tout temps, nos lois ont vu avec défaveur les changements de tuteur; car ils sont dispendieux et entraînent des modifications dans le système d'administration, ce qui présente souvent de graves inconvénients. Il s'agit ici d'une exception introduite en faveur de la femme; or les exceptions doivent se renfermer dans leurs termes (2).

Au reste, le conseil de famille jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour l'appréciation des excuses : il admettra, sans aucun doute, celle présentée par la mère, si elle est fondée sur un motif raisonnable; mais alors l'admission de l'excuse ne sera pour lui que facultative, tandis qu'elle est obligatoire dans le cas prévu par notre article (3).

La mère peut accepter soit *expressément*, en prenant la qualité de tutrice dans un acte relatif à la tutelle; par exemple, dans un inventaire;—soit *tacitement*, en faisant un acte que le tuteur seul a le droit de faire: par exemple, si elle provoque la nomination d'un subrogé tuteur (421 et 423).—L'acceptation pourrait même résulter de ce qu'un temps plus ou moins long se serait écoulé depuis la mort du père, sans qu'elle eût élevé de réclamations : le tribunal est appréciateur des circonstances;— l'intérêt du mineur exige que des mesures définitives soient promptement prises, quant à la tutelle; que l'incertitude où l'on peut se trouver sur les intentions de la mère soit promptement levée.

Comme il importe que les biens ne restent pas à l'abandon pendant le délai qu'entraîne la nomination d'un nouveau tuteur, la mère est tenue de les administrer jusqu'à ce que le conseil de famille se soit prononcé; — sa position, sous ce rapport, est semblable à celle des héritiers du tuteur décédé (419) : puisque cet *intérim* n'est pas une tutelle, il faut admettre que ses biens n'auront pas été frappés un seul instant d'hypothèque légale (2121).

L'acceptation tacite ne résulterait pas de ce que la mère aurait

(1) Magnin, t. 1er, no 454; — Limoges, 17 mai 1808, Pal. Dev.; Paris, 24 juillet 1835, Dev., 1835, 2, 195, Pal.; Bourges, 15 avril 1855.

(2) Demolombe, nos 110 et suiv.; Dur., no 425; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 289; Locré sur l'article 424; Zach., p. 205.

(3) Paris, 24 juillet 1835, Dev., 1835, 2, 405; D., p. 55, 2, 156, Pal.

fait des actes commandés par l'urgence ; cet effet n'est attaché qu'à ceux qui auraient pu être différés.

Le refus de la mère ne fait point passer la tutelle aux ascendants : la loi ne défère la tutelle que dans deux cas : 1° à la dissolution du mariage arrivée par le prédécès de l'un des époux; 2° à la mort d'un tuteur légitime. — L'excuse, l'exclusion ou la destitution donnent toujours lieu à la tutelle dative (402 et 405).

— La mère peut-elle, sans encourir de déchéance, recevoir un capital et donner quittance? — En lui imposant le devoir de remplir par *intérim* les fonctions de tutrice, l'article 394 lui confère implicitement qualité pour faire des actes de cette nature, puisqu'ils sont conservatoires.—Toutefois, par cela seul qu'il peut y avoir doute, elle agira prudemment en déclarant qu'elle n'administre que provisoirement. — Peut-être même le débiteur fera-t-il bien d'attendre, pour se libérer, qu'un tuteur définitif ait été nommé. (Demolombe, nos 109 et suiv.)

395 — Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée.

A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit; et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée.

= Le père qui se remarie devient le chef du nouveau ménage; ce sera toujours lui qui administrera la tutelle : on lui aurait donc, à tort, imposé le devoir de faire convoquer le conseil de famille pour délibérer sur son maintien ou sur son remplacement.

Mais la mère, en contractant un nouveau mariage, change de position : elle passe sous la puissance d'un second mari ; ce ne sera plus elle, ce sera désormais son nouvel époux qui gouvernera la famille et qui administrera les biens : il importe, dès lors, que le conseil de famille apprécie la moralité, la capacité, le caractère, les qualités diverses du futur beau-père, les avantages et les inconvénients qui résulteront pour l'enfant de ce nouvel état de choses.

Or, deux hypothèses peuvent se présenter :

1° La mère n'a pas convoqué, c'est-à-dire, fait convoquer le conseil de famille (nous verrons, en effet, que le juge de paix seul peut faire cette convocation);

2° Le conseil de famille, dûment convoqué, l'a maintenue dans la tutelle ;

Cette dernière hypothèse est réglée par l'article 396 : la première seule doit nous occuper en ce moment.

La mère qui se remarie sans avoir fait statuer par le conseil de famille sur son maintien ou sur son remplacement, perd la tutelle de plein droit, c'est-à-dire, sans qu'il soit besoin de prononcer sa destitution.

Toutefois, quoique déchue, elle conserve de fait l'administration jusqu'à ce que le conseil de famille ait statué.

De ces principes, nous déduirons le conséquences suivantes :

En ce qui concerne la mère, elle doit faire tous les actes que réclame l'urgence : par exemple, renouveler des inscriptions; interrompre les prescriptions qui sont sur le point de s'accomplir ; former des oppositions, etc. (1) ; bien plus, elle répondrait des suites de sa négligence (1372 et arg. des articles 394 et 419) (2): la disposition finale de l'art. 395 ne laisse aucun doute à cet égard.

Mais elle n'a point qualité pour imposer au mineur des obligations, bien qu'elle puisse obliger les tiers envers lui : c'est-à-dire que la nullité du contrat est purement relative; que le mineur seul peut s'en prévaloir : seulement, s'il use de ce bénéfice, les tiers auront un recours en dommages-intérêts contre la mère, en cas de fraude commise à leur égard. Quant au mineur, il n'a rien à se reprocher; eux, au contraire, ont à s'imputer une imprudente sécurité (3).

Il y a plus, les payements faits entre les mains de la mère sont nuls, nonobstant la bonne foi du débiteur ; car elle n'avait plus qualité pour recevoir: mais ils sont admis à prouver que le mineur en a profité (1239).

Rien ne s'oppose, du reste, à ce que la mère soit appelée de nouveau à la tutelle; car elle n'a été ni exclue ni destituée (444 et 445), mais seulement frappée de déchéance, à raison de l'omission d'une formalité prescrite dans le but unique d'appeler l'attention du conseil de famille sur les conséquences que pourra entraîner, relativement aux intérêts du mineur, le fait du nouveau mariage : cela est tellement vrai, qu'elle deviendra tutrice légale des enfants de son deuxième lit, si son nouveau mari vient à prédécéder ; donc, elle n'est point incapable d'être tutrice.—Le doute, à cet égard, est d'autant moins permis, que l'article 12 du projet primitif, qui prononçait cette incapacité, a été supprimé (Fenet, t. 10, p. 572) (4).

Si le conseil de famille fixe son choix sur la mère, la tutelle ne sera plus légitime (399), mais dative. De là nous concluons : 1° qu'il pourra, en vertu des articles 405 et suivants, régler les conditions de cette administration (5);—2° que la mère sera déchue du droit, ainsi que nous le verrons (art. 399), de donner à ses enfants un tuteur testamentaire.

A quel titre la mère déchue de la tutelle conserve-t-elle l'adminis-

(1) Demolombe, n° 123; — Limoges, 17 juillet 1822, Dev. Pal.

(2) Demolombe, n° 122; — Cass., 28 mai 1823, Dev. Pal.

(3) Dur., n° 426; Demolombe, *ibid.*; — Turin, 25 juillet 1810; Cass., 28 mai 1823, Dev. Pal.

(4) Demolombe, n° 130; Dur., n° 427; Zach., p. 248; Delv., p. 429, n° 8; Chardon, Puissance paternelle, p. 58; — Rouen, 8 août 1827; Pau 30 juillet 1807; Bruxelles, 30 mai 1810; Metz, 20 avril 1820, Dev. Pal.

(5) Delv., t. 1er, p. 271; Dur., n° 427; Malleville, p. 412; Chardon, Puiss. tut., n° 25; — Metz, 20 avril 1820; Pau 20 juillet 1807, Pal. Dev. *Voy.* cep. Magnin, nos 437 et 455; Grenoble, 28 juillet 1852, Dev., 53, 2, 76, Pal.; Agen, 14 decembre 1850, Dev., 1851, 2, 291; D., p. 31, 2, 130, Pal.; Rouen, 8 août 1827.

tration des biens? Ces mots qui terminent l'article 395 : *son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle indûment conservée*, nous paraissent trancher cette difficulté : il résulte clairement de ce texte que la mère conserve la gestion *pro tutore*. — Sa position a le plus grand rapport avec celle du tuteur qui s'est pourvu devant le tribunal contre la délibération du conseil de famille qui a rejeté ses excuses (440).

Par suite, nous déciderons que les biens de la mère continuent d'être frappés d'hypothèque légale, même pour les faits de gestion postérieurs à la déchéance.—On nous opposera que les hypothèques légales sont de droit étroit (2115); que celle du mineur est restreinte aux biens du tuteur proprement dit (2121) : mais comment admettre que le législateur ait entendu priver le mineur de cette garantie, au moment où il court les plus graves dangers? Pour que l'hypothèque cessât, il faudrait que la mère fût régulièrement déchargée de la tutelle : or, elle s'est constituée volontairement en faute, ce qui n'est pas un titre à l'indulgence.

Voyez dans quelle position bizarre nous jetterait ce système : s'il arrivait que la mère déchue de la tutelle légitime fût nommée par le conseil de famille, il faudrait admettre que, dans l'intervalle de la déchéance à la nomination, le mineur aura été privé néanmoins de toutes garanties; que la protection dont la loi ne cesse pas un seul instant de l'entourer aura été rendue vaine par le fait de sa mère.

Signaler de tels résultats, c'est, selon nous, démontrer suffisamment l'erreur (1).

Passons maintenant aux effets de la déchéance encourue par la veuve remariée, en ce qui concerne *son nouveau mari*. — L'article 395 le déclare solidairement (2) responsable (ajoutons, même par corps) (3) de toutes les *suites de la tutelle que la mère aura indûment conservée* : quelle a été la pensée du législateur?

Il a considéré : 1° qu'en ne veillant pas à ce que le conseil de famille soit convoqué, le mari s'est rendu complice de la faute commise par la femme;

2° Qu'en fait, c'est lui, en définitive, qui a géré les biens;

3° Que cette inaction révèle en quelque sorte un concert frauduleux pour dépouiller les enfants du premier lit.

Remarquez ces mots : *les suites de la tutelle indûment conservée* : ils comprennent, dans leur généralité, non-seulement les faits de gestion, mais encore le défaut de gestion (4); — non-seulement, selon

(1) Troplong, Hyp., t. 2, n° 426; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 289, n° 6; Zach., t. 5, p. 248; Grenier, Hyp., t. 1er, n° 280; Demolombe, n° 114; — Cass., 15 décembre 1825, D., 1826, 1, 5; Colmar, 25 janvier 1832, Dev. Pal.

(2) C'est-à-dire qu'on peut le forcer à payer seul tous les dommages-intérêts dus au mineur, sauf, bien entendu, son recours contre la femme (1200); car, par rapport à elle, le mari n'est que caution.

(3) Chardon, n° 15; — Cass., 12 août 1828, Dev. Pal.

(4) Locré, Législ., t. 7, p. 101, n° 5; Grenier, Hyp., t. 1er, n° 280; Dur., n° 426; Delv. sur l'art. 359.

nous, les faits de tutelle postérieurs au mariage, mais encore les faits antérieurs. (*Voyez* toutefois les questions.)

Nous verrons que la position est toute différente, lorsque la veuve a fait convoquer le conseil de famille avant de contracter de nouveaux liens : en ce cas, le mari cotuteur n'est tenu que des faits postérieurs à son mariage (396).

La responsabilité solidaire prononcée contre le mari a lieu sous quelque régime que le mariage ait été contracté, fût-ce même sous celui de la séparation de biens ; car c'est toujours lui qui a géré.

Rappelons ici : 1° que la tutelle des ascendants ne commence qu'au décès des père et mère : ainsi, la déchéance prononcée par l'article 395 ne peut donner lieu qu'à la tutelle dative (402) (1);

2° Qu'en se remariant, la mère perd l'usufruit légal des biens de ses enfants, qu'elle ait été maintenue dans la tutelle (384), ou qu'on l'ait remplacée ;

3° Que la mère, privée de la tutelle par l'effet de son nouveau mariage, conserve néanmoins tous les attributs de la puissance paternelle, et, par conséquent, les droits de garde et d'éducation, à moins que le conseil de famille n'en ait décidé autrement (2); décision qui ne peut être prise que dans des circonstances graves (*v.* p. 242 et 244). — Par exemple, son consentement est toujours indispensable pour le mariage de ses enfants (460) ; elle seule peut les émanciper (477), etc. (3).

Dans le cas de l'art. 395, si le conseil de famille confère la tutelle à la mère, doit-il nécessairement nommer le nouveau mari cotuteur ? La difficulté vient de ce qu'on ne se trouve plus dans les termes de l'article 396, qui oblige le conseil de famille à nommer le second mari cotuteur; néanmoins, rendons-nous compte de l'esprit de la loi : pourquoi déclare-t-elle le mari cotuteur? Trois motifs se présentent : 1° l'intérêt du mineur; — 2° celui de la mère tutrice : il ne serait pas juste de faire peser sur elle seule toutes les conséquences d'une administration qu'en fait elle n'aura jamais eue ; — 3° l'intérêt du mari, afin de l'engager à une surveillance plus active : il lui importe, en effet, que la fortune personnelle de sa femme ne reçoive aucune atteinte : or, ces trois motifs existent avec la même force dans le cas de l'art. 395.

Il nous paraît donc évident que le nouveau mari doit être nommé cotuteur de sa femme ; qu'il y a lieu d'appliquer ici, *à fortiori*, les règles que nous développerons sous l'article 396. (Demolombe, n° 130.)

— Le nouveau mari est-il responsable des suites de la gestion même *antérieure* au mariage ? Il semble bien rigoureux de faire peser sur le nouveau mari la responsabilité de faits qu'il a pu ignorer ; car un long intervalle peut séparer l'époque de la mort du premier mari de celle du deuxième mariage. — Le doute

(1) Dur., n° 427; Delv., p. 107, n° 8; D., Tutelle, chap. 2, sect. 1re; — Paris, 30 juillet 1807; Cass., 26 février 1807; Metz, 12 avril 1820; Bruxelles, 28 janvier 1824, Dev. Pal.

(2) Bruxelles, 28 janvier 1824; Colmar, 29 août 1822. *Voy.* cep. Lyon, 4 avril 1827, Dev Pal.

(3) Merlin, Rép., v° Éducation, § 1er, n° 4; Toullier, nos 1170 et 1183, t. 2; Dur., n° 527; Magnin, t. 1er, nos 442 et 439; Chardon, Puissance paternelle, p. 59; — Poitiers, 15 février 1811, Dev. Pal.

augmente encore, si l'on se reporte aux procès-verbaux des travaux préparatoires.

L'article 12 du projet primitif était ainsi conçu : « Si c'est la mère qui s'est remariée sans avoir fait convoquer le conseil de famille, la tutelle ne peut lui être conservée, et son nouveau mari est solidairement responsable de la gestion, *à compter du jour de l'acte.* »

Dans la séance du 6 brumaire an X, M. Berlier présenta la rédaction suivante :

« Art. 8. Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. — A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son nouveau mari sera solidairement responsable de l'indue gestion *qui aura eu lieu depuis le nouveau mariage.*

» Art. 9. Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le deuxième mari, qui deviendra solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage. » (Fenet, t. 10, p. 572, 596, 597.)

Ces dispositions démontrent qu'il était dans l'intention du législateur de restreindre la responsabilité du mari aux actes de tutelle postérieurs à son mariage. Le tribunat proposa de rédiger ainsi l'article 8 : « et *son* nouveau mari sera solidairement responsable avec elle *depuis le nouveau mariage.* » Le conseil d'Etat modifia sa rédaction primitive ; mais ces mots : *depuis le nouveau mariage*, n'ont pas été reproduits.—Est-ce à dire que la volonté du législateur ait changé ? rien ne l'indique ; aucune discussion n'a eu lieu au conseil d'Etat : on doit dès lors attribuer au rédacteur seul cette suppression. Peut-être a-t-il considéré comme suffisants pour faire écarter la responsabilité à raison de la gestion antérieure au mariage, ces mots qui terminent l'article 395 : « les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée. » Et, en effet, la tutelle n'a été indûment conservée qu'à partir du deuxième mariage (1).

Quoi qu'il en soit, la plupart des auteurs se prononcent pour l'affirmative : la loi, disent-ils, déclare le mari solidairement responsable de tous les *suites de la tutelle :* cette expression est générale ; elle s'applique au passé comme à l'avenir. Le nouveau mari est en faute ; une forte présomption de dol s'élève contre lui. Le contraste des termes de l'article 395 et de l'article 396 prouve que telle a été la pensée du législateur : dans ce dernier article, en effet, la responsabilité est restreinte à la gestion *postérieure au mariage.* — Au reste, le Code se borne à reproduire ici les règles de l'ancien droit (v. Cod. *in quibus causis*).— Domat, Lois civiles, 1re part., l. 2, t. 1, nº 97, s'exprimait en ces termes : « Si la mère tutrice de ses enfants convole en deuxièmes noces sans leur avoir fait nommer un tuteur, rendu compte de son administration, et acquitté ou assuré ce qu'elle pouvait leur devoir, les biens de son deuxième mari seront hypothéqués envers le mineur pour tout ce qui se trouvera leur être dû par le compte, *tant pour le passé que pour l'avenir* (2). »—Ainsi donc, le nouveau mari est solidairement responsable de toute la gestion en général (soit antérieure, soit postérieure au mariage), et même du défaut de gestion, sauf son recours contre la femme (3).

Lorsque la mère s'est remariée sans avoir fait la convocation prescrite, la solidarité frappe-t-elle d'hypothèque légale les biens du deuxième mari (2135) ? Le mari, peut-on dire, n'est pas tuteur, puisque la mère a cessé d'être tutrice ; d'ailleurs, l'hypothèque légale est un droit exorbitant qui ne peut recevoir d'ex-

(1) Demolombe, nos 126 et 127.

(2) Ferrieres, Des tutelles, 1re partie, sect. 3, nº 116; Pothier, Hyp., ch. 1er, sect. 1re, art. 3.

(3) Magnin, t. 1er, nº 457; Troplong, Hyp., t. 2, art. 2121, nº 426; Zach., p. 241; Dur., nº 426; Val. sur Proudhon, t. 2, p. 290; Duvergier sur Toullier, nº 1098; Delv., p. 103, nº 10. — Poitiers, 28 décembre 1824, Dev. Pal.; Nîmes, 30 novembre 1831, D., 1832, 2, 103, Pal.

tension (1). ✓✓ Cette opinion est-elle fondée? Nous ne le pensons pas : les termes des articles 395 et 396 démontrent suffisamment qu'il est entré dans la pensée du législateur de placer le nouveau mari sur la même ligne que sa femme ; de les soumettre l'un et l'autre aux mêmes obligations ; de consacrer cette maxime de l'ancien droit : « *Qui épouse la veuve épouse la tutelle.* » Le nouveau mari, porte l'article 395, sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée. — Lorsque le conseil de famille dûment convoqué conservera la tutelle à la mère, porte l'article 396, il lui donnera nécessairement pour *cotuteur* le nouveau mari, qui deviendra solidairement responsable avec sa femme de la gestion postérieure au mariage. — Ces textes tranchent, selon nous, la question : puisque le mari est placé dans la même position que la mère, il est rationnel de décider que ses biens sont également frappés d'hypothèque légale.—On argumente de l'article 395, qui déclare la mère déchue de la tutelle : peu importe, elle n'aura pas moins conservé la *tutelle de fait*, et comme c'est le mari, en résultat, qui prend la gestion, il est clair qu'on doit le considérer comme cotuteur *de fait*.—Cette garantie est le complément nécessaire de la responsabilité que lui impose la loi ; autrement le mineur se trouverait privé de toute protection (2).

A la mort du deuxième mari, la mère qui n'a pas été maintenue se trouve-t-elle réintégrée dans sa qualité de tutrice? ✓✓ D'une part, on peut invoquer la maxime : *Cessante causa cessat effectus.* ✓✓ On peut argumenter, en faveur de la mère, de l'article 431, et l'assimiler à un fonctionnaire qui, après l'expiration de ses fonctions, peut se faire réintégrer dans la tutelle par le conseil de famille. ✓✓ Mais il nous paraît plus vrai de décider qu'en se remariant sans faire convoquer le conseil de famille, la mère a brisé son droit et perdu la tutelle sans retour.— Aucun texte, effet, ne la réintègre après le décès de son nouveau mari.—Toutefois, si elle réclame la tutelle, ou si le tuteur en exercice demande sa décharge, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit nommée par le conseil de famille ; mais alors la tutelle sera dative (3).

396 — Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le second mari, qui deviendra solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage.

= Nous arrivons à l'hypothèse où la mère qui veut se remarier a rempli l'obligation qui lui était imposée par le premier alinéa de l'article 395, de provoquer la convocation d'un conseil de famille pour délibérer sur le point de savoir si elle sera maintenue dans la tutelle.

(1) Delv., p. 105, nº 10; Valette sur Proudhon, t. 2. p. 290, nº 7; Dur., nº 426, t. 3; nº 312, t. 19, Zach., t. 1er, p. 247.

(2) Demolombe, nº 128; Magnin, t. 1er, nº 457; Grenier, t. 1er, nº 280; Troplong, Hyp., art. 2121, nº 426; Persil, art. 2121, nº 52; — Paris, 28 décembre 1822; Poitiers, 28 décembre 1824, Dev. Pal.; D, Hyp., p. 165; Nîmes, 30 novembre 1831, Pal.; D, 1832, 2, 103; Cass., 14 décembre 1836, D, 1837, 1, 86; Pal., 1837, 1, 79; Caen, 22 janvier 1812; Riom, 24 avril 1827; Grenoble, 26 juillet 1828, D., 1829, 2, 73; Cass., 15 décembre 1825, 12 avril 1828, Dev. Pal.; Colmar, 26 novembre 1853, Pal.

(3) Demolombe, nº 141; Valette sur Proudhon; Magnin, nº 435, t. 1er;— Rouen, 30 mars 1844, D., 1844, 2, 156.

Lorsque le conseil de famille a prononcé son maintien, la tutelle légitime continue : il ne s'agit plus alors d'une tutelle dative, comme dans le cas prévu par l'article 395. — Nous aurons plus loin occasion de signaler les différences qui existent entre l'une et l'autre position.

En ce cas, le nouveau mari devient *nécessairement* cotuteur, c'est-à-dire tuteur avec sa femme.

Cette expression, *nécessairement*, a pour but d'indiquer que les actes de tutelle doivent être faits au nom du mari et de sa femme ; que les écrits doivent être revêtus, pour obliger le mineur, de la signature de l'un et de l'autre (1) ; que les tiers sont tenus de les actionner tous les deux collectivement (2).—Il y a plus : la nomination du mari comme cotuteur est tellement nécessaire, que si le conseil de famille avait omis de s'en expliquer, il n'entrerait pas moins en fonctions, car son titre se trouve dans la loi. — Sous ce rapport, le nouveau mari est en quelque sorte cotuteur légal.

En consacrant cette mesure, le législateur a considéré qu'en fait, la mère ne sera tutrice que de nom ; que ce sera toujours le mari qui administrera, les époux fussent-ils séparés de biens. Mais la règle est particulièrement vraie, quand les époux sont mariés sous un régime qui confère au mari la gestion des biens de la femme (3).

Il a été jugé, en conséquence, que le mari peut valablement recevoir des payements pour le compte du mineur (4).

Du principe que le mari est *cotuteur*, il résulte :

1° Qu'il se trouve soumis, *à partir du mariage*, à toute la responsabilité d'un tuteur : nous avons vu (art. 395) qu'il serait tenu même des faits antérieurs, si le conseil de famille n'avait pas été convoqué ;

2° Que ses biens sont frappés de l'hypothèque légale du mineur (5) ;

3° Qu'il est soumis, en sa qualité de cotuteur, à toutes les prohibitions qui frappent le tuteur lui-même (6) ;

4° Que si la mère cesse d'être tutrice, il cesse également de plein droit d'être tuteur, et *vice versâ ;*

5° Que s'il est exclu ou destitué, la mère se trouve frappée de déchéance ; car la qualité de cotuteur, conférée au mari, est la condition *sine quâ non* du maintien de la tutelle entre les mains de la mère.

Mais, si le mari décède, il n'y a pas de raison pour priver la mère d'une administration qu'elle avait au moment de son mariage ; on n'a plus à craindre son influence.

—Le conseil de famille peut-il, en maintenant la mère dans la tutelle, lui im-

(1) Magnin, t. 1er, nos 458 et 459; Demolombe, no 136; — Bruxelles, 27 avril 1826, Dev. Pal.; Grenoble, 12 août 1831, D., 1832, 2, 47, Pal.

(2) Magnin, t. 1er, no 459; Demolombe, no 138;—Bruxelles, 27 avril 1826, Dev. Pal.; Grenoble, 17 avril 1832, D., 1832, 2, 47.

(3) Toulouse, 29 février 1844, Pal., 1844, 2, 47. *Voy.* cep Bruxelles, 27 avril 1826.

(4) Cass., 22 novembre 1836, Pal., 1837, 1, 5.

(5) Montpellier, 21 décembre 1837, Pal., 1838, 2, 340.

(6) Zach., t. 1er, p. 224; Rouen, 8 août 1827; D., 1830, 2, 11, Dev. Pal.; Agen, 14 décembre 1830, D., 1831, 2, 150.

poser, ainsi qu'à son nouveau mari cotuteur, certaines conditions d'administration? Par exemple, peut-il régler la somme à laquelle s'élèvera la dépense annuelle du mineur (454)? peut-il décider que la mère et son nouvel époux ne toucheront les capitaux qu'en présence du subrogé tuteur? qu'ils remettront annuellement au subrogé tuteur des états de situation (454, 470)?

Première opinion : Le conseil de famille pourrait priver tout à fait la mère et son mari de l'administration de la personne et des biens ; *à fortiori*, doit-il avoir la faculté de modifier leurs pouvoirs.— L'article 454, il est vrai, n'est point applicable à la tutelle des père et mère ; mais il faut observer que ce n'est plus précisément ici le cas d'une tutelle légale.—Observons, d'ailleurs, qu'il y a près de la mère un étranger cotuteur qui, de fait, s'occupera seul de la gestion.—Du reste, les époux peuvent se pourvoir devant le tribunal, s'ils se croient lésés (1).— Ce terme moyen paraît beaucoup plus convenable que l'alternative où l'on voudrait placer le conseil de famille : ou de priver la mère de la tutelle, ou de confier cette tutelle, sans conditions, à un nouveau mari qui peut ne pas inspirer de confiance.

La jurisprudence a généralisé cette doctrine : il a été jugé que le conseil de famille peut modifier les pouvoirs du tuteur en toute tutelle, soit dative (2), soit légitime (3).

Deuxième opinion : Le conseil de famille ne peut modifier les conditions d'administration du tuteur même datif. — Le législateur a fixé, dans sa haute sagesse, les attributions des rouages de la tutelle, c'est-à-dire, du tuteur, du subrogé tuteur et du conseil de famille, à chacun son droit, à chacun ses devoirs : le tuteur, le subrogé tuteur, ni même le tribunal ne pourraient ni augmenter ni modifier les pouvoirs du conseil de famille; donc le conseil de famille ne peut ni porter atteinte à ceux du tuteur, ni les augmenter : décider autrement, ce serait désorganiser tout le système de la tutelle et tomber dans un véritable chaos. —Sans doute, le tuteur conserve la faculté de se pourvoir devant le tribunal contre la décision du conseil de famille; mais n'est-il pas à craindre que le tribunal ne cède à l'influence d'un corps délibérant.—Les pouvoirs du tuteur ne peuvent être modifiés que dans deux cas ; la loi prend soin de les déterminer : 1o lorsque c'est la mère qui est appelée à la tutelle : son mari peut alors lui nommer un conseil (391); — 2o lorsque c'est le mari interdit qui se trouve sous la tutelle de sa femme (507). — Ces deux exceptions s'expliquent par ce motif que la tutelle doit être gérée par une femme, et que les femmes sont en général incapables de cette charge (442, 21o) (4).

Ce que nous disons pour l'administration de la tutelle en général s'applique, *à fortiori*, au cas où le tuteur tient son titre même de la loi : on ne comprendrait pas que le conseil de famille pût lui imposer des conditions ou restrictions qui désorganiseraient l'institution. Ce n'est point ici le cas d'appliquer la maxime : Qui peut le plus peut le moins : libre au conseil, assurément, de déclarer la mère déchue de la tutelle; mais il n'a pas le droit de modifier, par des conditions illégales, la nature de ses pouvoirs, s'il croit devoir prononcer son maintien.—La mère *conserve* alors la tutelle, porte l'article 396, par conséquent, la tutelle légale continue.—Ainsi donc, tenons pour certain que le conseil de famille ne pourrait astreindre la mère ou son nouveau mari cotuteur à se faire assister du subrogé

(1) Cass., 20 juillet 1842, Dev., 1842, 1, 587.

(2) Limoges, 28 février 1846, Dev., 1846, 2, 555.

(3) Cass., 20 juillet 1842, Dev., 1842, 1, 587. — Mais encore lorsque le tuteur est désigné par la loi (390), Limoges, 28 février 1846, Dev., 1846, 2, 555.

(4) Demolombe, nos 144 et suiv.;— Riom., 18 avril 1809; Toulouse, 26 août 1818, 2 juillet 1821, Dev. Pal.; Caen, 30 décembre 1845, Dev., 1846, 2, 651.

tuteur, pour recevoir le remboursement des capitaux dus au mineur : ce serait là une mesure de défiance injurieuse pour la mère. Sans doute il y a des inconvénients à laisser ainsi des capitaux entre les mains du tuteur, surtout s'il est insolvable : mais enfin, la loi est ainsi faite ; le législateur n'a songé qu'aux garanties hypothécaires. — Lorsqu'il s'agit du prix d'un immeuble, le conseil de famille, investi du pouvoir de régler les conditions de la vente, peut décider que les deniers resteront entre les mains de l'acquéreur ou de l'adjudicataire; qu'ils seront déposés à la caisse des consignations, ou qu'il en sera fait emploi (1): mais comment empêcher un capital mobilier de tomber entre les mains du tuteur ? — Tout au plus, au nom de la nécessité, pourrait-on admettre le subrogé tuteur à former opposition au remboursement jusqu'à ce que le conseil de famille eût pourvu à la garantie des intérêts du mineur. (Arg. des art. 1180, 1188, 1963, 2003.) Mais cette mesure serait extralégale ; un simple référé en ferait certainement justice. D'ailleurs, elle ne pourrait se justifier que par l'urgence, par exemple, si le tuteur était en faillite ou en déconfiture.—Quand le péril est sérieux, le subrogé tuteur a un moyen plus simple ; il peut provoquer la destitution du tuteur. (Demolombe, nº 150.)

Demolombe, nº 146, décide que le conseil de famille pourrait, en conservant la tutelle à la mère, déterminer le montant de la dépense annuelle du mineur, et l'obliger à remettre au subrogé tuteur des états de situation : « Il ne s'agit plus, dit-il, de porter atteinte au système d'organisation de la tutelle, au principe d'administration en général ; il s'agit de mesures légales auxquelles, de droit commun, le tuteur est soumis; de rentrer dans les termes généraux du droit ; ce qui semble d'autant plus rationnel, qu'il n'y a pas seulement ici une tutelle légitime, mais une *cotutelle.* » Certes l'intérêt du mineur pourrait légitimer de telles mesures, mais elles seraient contraires à l'esprit et au texte même des articles 454 et 470. — Encore bien que le nouveau mari soit cotuteur, la mère n'est pas moins tutrice légale : Elle conserve la tutelle, porte l'article 396 ; donc elle ne tient pas ses droits du conseil de famille; par conséquent il n'y a pas lieu de la soumettre à des règles qui ne sont prescrites que pour le cas de tutelle dative.— D'ailleurs, où s'arrêterait-on dans cette voie? quelle serait la limite de ces empiétements? comment concevoir qu'en privant la mère du bénéfice des exceptions qui résultent des articles 454 et 470, on ne porterait pas atteinte aux conditions d'administration ? Il y a là deux nuances qui ne diffèrent entre elles que sous des rapports presque insaisissables.

SECTION II.

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE PÈRE ET LA MÈRE.

Le dernier mourant des père et mère (majeur ou mineur) a le droit de nommer un tuteur à ses enfants ; c'est là une consolation qu'on a cru devoir lui réserver, à raison de sa qualité : elle n'est accordée à aucune autre personne.

Dans la doctrine, cette tutelle est qualifiée de *testamentaire* (2); déno-

(1) Demolombe, nº 146; — Grenoble, 28 juillet 1852, D. 1853, 2, 29; Caen, 30 décembre 1845, Dev., 1846, 2, 621.

(2) Les auteurs ont considéré sans doute qu'elle est le plus souvent déférée par testament, ou plutôt qu'elle ne doit produire d'effet qu'après la mort de celui qui l'a déférée.

mination impropre, puisque l'emploi de la forme des testaments n'est pas de rigueur : aussi, le législateur a-t-il évité de l'employer.

Le droit dont il s'agit est considéré comme une suite de la tutelle légitime ; le survivant n'en jouit, dès lors, qu'autant qu'il est investi de cette tutelle : or, il est en privé dans cinq cas :

1° Lorsqu'il a encouru une peine emportant mort civile ;

2° Lorsqu'il a perdu, par l'effet d'une condamnation correctionnelle, le droit de puissance paternelle (42 C. pén.), ou lorsqu'il a été condamné pour attentat aux mœurs dans le cas prévu par l'article 335 C. pén. ;

3° Lorsqu'il a encouru une condamnation afflictive ou infamante (443 C. civ., 28 C. pén.) ;

4° Lorsqu'il a été exclu ou destitué de la tutelle (445 C. civ.) : il ne pourrait être membre d'un conseil de famille (445) ; comment admettre qu'il ait le droit de faire seul le choix d'un tuteur (1)? Duranton, n° 436, va plus loin : il décide, par argument de l'article 445, que l'exclusion ou la destitution d'une *tutelle quelconque* suffirait pour enlever ce droit au dernier mourant des père et mère ; mais c'est là une erreur : nous verrons plus loin, en effet, que, même en ce cas, le survivant conserve la tutelle de ses propres enfants (Demolombe, n° 158) ;

5° Enfin, lorsque c'est la mère qui a survécu, si elle a usé du bénéfice de l'article 394 (2), ou si elle s'est remariée, et n'a pas été maintenue dans la tutelle (3).

Hors ces cas exceptionnels, la mère, comme le père, peut nommer un tuteur à ses enfants.

Le premier mourant ne peut restreindre l'exercice de cette faculté au préjudice du survivant : ainsi, la mère en jouirait, lors même que le père lui aurait nommé un conseil de tutelle en vertu de l'article 391.

On remarque toutefois, entre la position du père et celle de la mère, les différences suivantes : la mère remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier lit, ne peut leur choisir un tuteur (399). Lors même qu'elle a été maintenue dans cette charge, le choix qu'elle a fait doit être confirmé par le conseil de famille (400).—Le droit du père n'est soumis à aucune restriction.

Le droit romain (Instit. de cap. dim.) admettait, en matière de tutelle testamentaire, la pluralité de tuteurs ; cette doctrine avait même passé dans notre ancienne jurisprudence ; mais les auteurs de nos lois modernes ne l'ont point consacrée : encore bien qu'il n'existe pas de disposition formelle qui la proscrive, le rapprochement des textes démontre jusqu'à l'évidence qu'aujourd'hui l'unité est de l'essence de l'administration tutélaire : ainsi, dans les articles 390, 397, 402, 404 et

(1) Delv. sur l'article 398; Zach. 100, n° 5; Val. sur Proudhon, t. 2, p. 293.

(2) Delv., p. 109, n° 3; Chardon, n°s 38 et 39; Zach., p. 100, n° 6. *Voy.* cep. Malleville, t. 1er, p. 413; Dur., n° 478; Rolland, v° Tutelle, n° 55.

(3) Zach., t. 1er, p 185; Maguin, n° 466; Chardon, n° 34, Puiss. pat.; Delv., p, 109, n° 2; Demolombe, n°s 220 et suiv.; Toullier, n° 1125; Demante, Progr., t. 1er, n° 406; Merlin, Rép., v° Tutelle, sect. 2, art. 4, n° 2; — Paris, 14 messidor et 24 pluviôse an XII; Cass., 8 août 1815, Dev. Pal.; Toulouse, 8 mai 1840, Dev., 1840, 2, 315; Pal., 1840, 2, 684.

405, il n'est question que d'un seul tuteur. — Les cas où plusieurs personnes peuvent être simultanément chargées du soin de la tutelle sont spécialement déterminés (395 et 417).—Certes, si le législateur eût entendu maintenir ici les dispositions de l'ancien droit, il s'en serait formellement expliqué, ou du moins il aurait posé les bases de la responsabilité réciproque des divers tuteurs (arg. des articles 1025, 1033 et 1095); or, il a gardé le silence.

Au surplus, toute sa pensée nous est révélée par la phrase suivante de l'exposé des motifs par l'orateur du conseil d'Etat, Locré, t. 7, p. 220, Législ. civ. : « Les autres dispositions de la loi feront assez connaître que le mineur ne peut avoir qu'un seul tuteur dans les départements continentaux de la France. D'ailleurs, les plus puissantes considérations se présentent : où serait le domicile du mineur, si les tuteurs n'habitaient pas le même endroit? En multipliant ainsi les hypothèques, on entraverait inutilement la circulation des biens, ce qui causerait un grave préjudice au crédit public. »

Nous ne pousserons pas plus loin ces développements, car le principe n'est point contesté.

Peu importerait qu'en désignant plusieurs tuteurs, le dernier mourant eût pris soin de déterminer leurs attributions; par exemple, qu'il eût chargé l'un du soin de la personne, et l'autre de l'administration des biens : la loi n'admet pas que les pouvoirs du tuteur puissent être ainsi divisés ; elle attribue à un seul et même individu cette double mission (450 et 468).

Nous n'entendons pas dire, assurément, que la tutelle ne pourrait fonctionner si, en fait, plusieurs tuteurs avaient été désignés : mais cet état de choses ne serait pas normal; il tomberait nécessairement, sur la réclamation de toute partie intéressée à ce que la tutelle rentrât dans un ordre régulier. « Les divers tuteurs, dit Duranton, n° 444, devraient alors s'accorder sur le choix de l'un d'eux pour administrer; et s'ils ne pouvaient y parvenir, le conseil de famille délibérerait sur celui qui devrait gérer, à la charge, par lui, de donner aux autres des sûretés pour sa gestion. Ils seraient au surplus censés substitués l'un à l'autre; en sorte que l'un d'eux venant à mourir, l'autre gérerait la tutelle. »

La jurisprudence semble confirmer ce système.

Bien que placées dans la section relative à la tutelle testamentaire, ces observations s'appliquent également au cas de tutelle dative, car les mêmes raisons se présentent.

La règle qui proscrit la pluralité de tuteurs souffre exception dans deux cas :

1° Lorsque la mère tutrice se remarie : si elle est maintenue dans la tutelle, le conseil de famille doit nécessairement nommer son nouveau mari cotuteur (396); 2° ou réciproquement lorsque l'enfant a des biens dans les colonies :un protuteur est alors nommé pour les administrer.

Il nous reste à faire observer : 1° que le tuteur testamentaire entre en charges et devient, en conséquence, responsable dès qu'il a connaissance de sa nomination (arg. des art. 418 et 419) ; — 2° que le choix fait par le survivant est, à l'instar de toute disposition testamentaire, susceptible de révocation jusqu'au décès du testateur (Locré, t. 5, p. 53) ; — 3° que le tuteur testamentaire, comme tout autre, peut être destitué (Locré, t. 5, p. 34 ; Magnin, n° 475).

La tutelle testamentaire peut être déférée de trois manières :—1° par testament ; — 2° par acte passé devant le juge de paix ; — 3° par acte devant notaires (392 et 398).

397 — Le droit individuel de choisir un tuteur parent, ou même étranger, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère.

=Il résulte des mots qui terminent cet article :

1° Qu'à la mort du père, l'administration légale passe à la mère ; ce qui est parfaitement conforme aux dispositions des articles 373 et 389.

Delvincourt, p. 109, n° 2, décide que le premier mourant a le droit de désigner un tuteur, lorsque le survivant se trouve, par une cause quelconque, dans l'impossibilité de prendre l'administration ; notamment, s'il est interdit, s'il refuse, ou s'il a été exclu ou destitué d'une tutelle : pourquoi, dit cet auteur, lui refuser en ce cas une faculté que la loi n'a entendu lui conférer, en définitive, que dans l'intérêt de l'enfant ? dont on ne le prive que par respect pour le droit du survivant ? —Mais le texte est formel ; il s'agit ici, ne l'oublions pas, d'un droit exorbitant : c'est déjà bien assez de conférer, sous ce rapport, à une seule personne des pouvoirs égaux à ceux du conseil de famille ; il ne faut pas encore ajouter à la loi (1).

2° Enfin, la survivance d'un ascendant, même en état d'administrer, ne mettrait pas obstacle à la tutelle testamentaire ; car les ascendants ne sont point investis de la puissance paternelle : or, la disposition de l'article 397 est fondée sur cette considération, qu'à la mort du père, l'exercice de la puissance paternelle passe à la mère.— Au reste, il est à croire que le dernier mourant n'exclura pas celui des ascendants qui serait capable d'administrer.

Tous les auteurs reconnaissent que la nomination d'un tuteur datif doit être pure et simple ; mais quelques-uns accordent au survivant des père et mère la faculté de désigner un tuteur pour un certain temps (*ad diem*), pour n'entrer en charge qu'après un certain temps (*à die*), par exemple, deux ans après ma mort ; ou sous une condition soit suspensive (1181), soit résolutoire (483). Telle était, disent-ils, la doctrine du droit romain ; notre ancienne jurisprudence l'avait admise : en matière de disposition testamentaire, il faut respecter la volonté

(1) Dur., nos 435, 441 et 445, t. 3 ; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 205 ; Zach., t. 1er, p. 204 ; emolombe, n° 156 ; Toullier, n° 1107.

du défunt, lorsqu'elle n'a rien de contraire aux lois ni aux mœurs (1).

Demolombe, n° 227, s'élève contre cette distinction : il admet (avec raison, selon nous) comme règle générale et absolue, que le tuteur doit toujours être nommé purement et simplement, pour entrer immédiatement en charge, et pour y rester jusqu'à la majorité ou l'émancipation du mineur.—Cette proposition n'est formulée dans aucun texte, mais elle résulte de l'ensemble des dispositions du Code sur la tutelle (arg. des articles 438 et 440) : en effet, pourquoi établirait-on, sous ce rapport, une différence entre la tutelle testamentaire et la tutelle dative? Ne faut-il pas éviter dans l'un et l'autre cas de multiplier les changements de tuteurs, changements toujours préjudiciables et dispendieux? Or, ces modalités nécessiteraient toujours la nomination d'un tuteur, par le conseil de famille, pour administrer avant ou après l'expiration du terme fixé, avant ou après l'événement de la condition. Si favorable que soit la tutelle testamentaire, nous verrons que, bien loin de l'affranchir des règles établies sur la tutelle dative, le législateur renvoie à ces règles (401) pour les causes d'excuse, et se borne à tracer quelques principes spéciaux relativement à ce mode de nomination.—Il est donc évident que le survivant des père et mère n'a pas de droits plus étendus que le conseil de famille, c'est-à-dire, que la nomination d'un tuteur testamentaire, faite à terme ou sous condition, est comme non avenue; qu'il y aura lieu, en conséquence, à la tutelle légitime des ascendants, et, à défaut d'ascendants, à la tutelle dative.

Du reste, nous rappellerons ici (*v.* p. 319) qu'il faut considérer avant tout l'intérêt de l'enfant, et lui épargner autant que possible des frais inutiles; observation que nous avons faite à l'occasion de la pluralité des tuteurs : la tutelle, toute irrégulière qu'elle soit, fonctionnera valablement, tant qu'elle ne sera pas attaquée par une personne intéressée à ce que les choses rentrent dans leur état normal. (Demolombe, n° 230.)

Si le tuteur désigné n'accepte pas, s'il est incapable, exclu ou destitué, il y a lieu à la tutelle dative, bien que la nomination reste sans effet; car le survivant n'a pas moins manifesté sa volonté. — Delvincourt, p. 108, n° 8, et 111, n° 2, argumente contre cette opinion des termes de l'article 405 : suivant lui, les ascendants sont alors appelés : mais les termes des articles 1037, 402 et 405 C. civ. repoussent toute distinction (2).

Quid si le tuteur testamentaire vient à mourir? La tutelle des ascendants commence. Pourquoi cette différence avec le cas d'excuse, d'exclusion ou de destitution? Le tuteur excusé, exclu ou destitué n'est pas moins existant : or, les ascendants ne sont appelés *qu'à défaut* de tuteur testamentaire (402).

Le dernier mourant peut désigner pour tuteur un parent ou un étranger; une entière latitude lui est laissée. La femme remariée et

(1) Malleville sur l'article 401; Toullier, n° 1105; Dur., n°s 439 et suiv.; Zach., t. 1er, p. 185.
(2) Dur., n° 441; Toullier n° 1107.

maintenue dans la tutelle peut même nommer son second mari; rien ne s'y oppose, puisqu'il n'est pas destitué.

— Le survivant des père et mère peut-il, s'il se trouve dans l'impossibilité d'administrer, nommer un tuteur à ses enfants pour le remplacer de son vivant? ⁂Si la faculté de nommer un tuteur est conférée au dernier mourant, à un individu affaibli par l'âge ou par la maladie, on ne voit pas, au premier abord, pourquoi on la refuserait à l'homme qui est dans toute sa force intellectuelle, qui ne s'est fait excuser que par des raisons de force majeure : comment, par exemple, interdire à un père qui se trouve tout à coup appelé à un emploi public dans des contrées éloignées, ou qui est sur le point d'entreprendre un long voyage pendant lequel peut-être il se trouvera exposé à de grands dangers, la faculté de se choisir un successeur (1)? ⁂ Ce système doit fléchir devant les textes : d'une part, l'article 397 n'accorde le droit de nommer un tuteur *qu'au dernier mourant* des père et mère; d'autre part, l'article 394, prévoyant le cas où la mère s'excuserait, lui impose néanmoins le devoir de conserver l'administration jusqu'à ce que le conseil de famille ait fait choix d'un tuteur : ces deux textes manifestent suffisamment l'esprit de la loi.—Au surplus, le survivant peut se faire aider par un mandataire, gérant sous sa surveillance et sous sa responsabilité (2).

Mais une autre question s'élève : le survivant *excusé* de la tutelle peut-il nommer un tuteur pour l'époque de sa mort? ⁂ L'article 399 refuse cette faculté à la mère remariée et non maintenue dans la tutelle; mais les textes gardent le silence sur tous autres cas : que déciderons-nous?—Trois opinions sont en présence :

Première opinion : Il s'agit ici d'un attribut de la puissance paternelle (argument des termes de l'article 397); or, cette puissance n'est perdue ni par la non-acceptation ni par la dispense de la tutelle. Le tuteur nommé par le conseil de famille doit donc se retirer devant le nouveau tuteur testamentaire (3).

Deuxième opinion : Si le tuteur datif est encore en charge au moment de la mort du survivant, la nomination d'un tuteur testamentaire est comme non avenue : *secùs*, dans le cas contraire : il importe d'éviter, dans l'intérêt du mineur, les changements trop fréquents de tuteurs. (Chardon, Puiss. tut., nos 38 et 39, t. 3; Toullier, t. 2, p. 20.)

Troisième opinion, celle qui nous paraît devoir être admise : La faculté de choisir un tuteur testamentaire est une suite de la tutelle légale : à quel titre, dès lors, appartiendrait-elle au survivant excusé? *Nemo dat quod non habet.* —On dira, sans doute, que l'article 399 semble consacrer une exception; ce qui suppose une règle générale toute contraire, c'est-à-dire, que le survivant, bien que non maintenu, peut nommer un tuteur testamentaire. Nous répondrons que cet article a pour unique objet de confirmer le principe que la tutelle testamentaire est une suite de la tutelle des père et mère; de déclarer que, dans les cas prévus, il y a un motif de plus pour interdire à la mère la faculté de nommer un tuteur : voilà tout.

Mais, alors, que devrait-on décider, s'il arrivait que la tutelle fût vacante au moment du décès du dernier mourant, ce qui aurait lieu, par exemple, si le tuteur datif était décédé, ou s'il avait encouru sa destitution? ⁂ L'insouciance dont le survivant aurait fait preuve serait un aveu tacite d'incapacité ou du peu

(1) Toullier, no 1102, t. 2; Malleville sur l'article 397; Favard de Langlade, vo Tutelle, § 2.

(2) Dur., no 434; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 259; Zach., t. 1er, p. 204; Delv., p. 109, no 2; D., Tutelle, chap. 2, sect. 2; Demolombe, no 160; Chardon, no 29.

(3) Dur., no 438; D., Tutelle, sect. 2; Malleville sur l'article 397; Rolland de Villargues, vo Tutelle, no 55.

d'intérêt qu'il portait à ses enfants; ce serait une raison de plus pour déclarer nulle la désignation qu'il aurait faite (1).

Appliquez cette décision même à la mère survivante qui a usé de la faculté que lui conférait l'article 394, de refuser la tutelle : en effet, nommer un tuteur testamentaire, c'est déléguer la tutelle; or, nul ne peut déléguer un droit qu'il a abdiqué. — Accorder cette faculté à la mère, ce serait lui reconnaître implicitement celle de destituer un tuteur en exercice.—Mieux vaut, assurément, laisser la tutelle entre les mains du tuteur choisi par le conseil.

Si le survivant qui s'est fait excuser a été nommé ensuite tuteur datif, peut-il nommer un tuteur testamentaire? ⇝ Rigoureusement, cette faculté devrait lui être refusée, puisqu'il ne tiendrait plus ses pouvoirs de la loi, mais du conseil de famille : néanmoins, une telle solution nous paraîtrait bien rigoureuse.

Nous déciderons de même à l'égard de la mère qui aurait été désignée par le conseil de famille après avoir perdu la tutelle, en vertu des dispositions du deuxième alinéa de l'article 395 : aucun motif de suspicion ne s'élève contre elle; on ne peut l'assimiler à la mère qui n'a pas été maintenue dans la tutelle légale. (Demolombe, nº 64; Zach., p. 205.)

398 — Ce droit ne peut être exercé que dans les formes prescrites par l'article 392, et sous les exceptions et modifications ci-après.

= Selon nous, cette déclaration peut être faite devant un juge de paix quelconque (*voy.* p. 304); néanmoins, dans le doute, il sera prudent de s'adresser au juge de paix du domicile (2).

399 — La mère remariée, et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage, ne peut leur choisir un tuteur.

= Deux cas sont prévus : la mère remariée n'a pas été maintenue dans la tutelle; elle a été maintenue. — L'article 399 règle le premier cas; l'art. 400 règle le deuxième.

La mère remariée est déchue du droit de choisir un tuteur à ses enfants, lorsqu'elle a perdu la tutelle, soit parce qu'elle n'a pas convoqué le conseil de famille avant son mariage pour délibérer sur son maintien ou sur son remplacement (art. 395), soit parce que le conseil de famille, dûment convoqué, n'a pas cru devoir la laisser investie de cette charge (396) : le texte est absolu. — Peu importerait qu'elle fût devenue veuve, ou même qu'il n'existât pas d'enfants de ce deuxième mariage : ses nouvelles relations de famille, et la circonstance qu'elle n'a pas été maintenue dans la tutelle, ont affaibli la confiance que sa qualité de mère inspirait. (Dur., nº 436.)

400 — Lorsque la mère remariée, et maintenue dans la tu-

(1) Demolombe, nº 165; Delv., p. 109, nº 5; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 293; Zach., t. 1er, p. 204.

(2) Zach., p. 205; Locré, Législ., t. 7, p. 216, nº 4.

telle, aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son premier mariage, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille.

= La mère remariée, bien que maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage, ne jouit pas au même degré de la confiance qu'inspire la mère non remariée, car on a lieu de craindre l'influence du deuxième mari: il a paru prudent de subordonner, comme supplément de garantie, la validité du choix qu'elle a fait, à l'approbation du conseil de famille.

Sous ce rapport, le conseil jouit d'un pouvoir discrétionnaire et souverain; sa décision est inattaquable; il n'est pas même tenu de la motiver : à quoi cela servirait-il, en effet? la personne désignée ne peut se plaindre, puisqu'elle n'est ni déchue ni destituée, mais seulement non agréée : il n'y a rien là qui porte atteinte à sa réputation. — Cette hypothèse ne rentre donc pas dans le cas réglé par l'article 448 C. civ.

Selon nous, les membres dissidents ne peuvent, dans le cas prévu, se pourvoir contre la délibération, en vertu de l'article 883 Pr.; car il s'agit, en définitive, de nommer un tuteur, matière qui échappe aux investigations de la justice.

Au premier abord, la mère ne semble avoir qu'un droit illusoire, puisqu'en définitive le choix qu'elle a fait ne tire sa force que de l'approbation du conseil de famille : mais il faut observer que le tuteur désigné tient ses pouvoirs de la mère, car c'est elle qui a nommé; en conséquence les ascendants seront écartés : ce qui n'arriverait pas si la tutelle était dative.

Si le conseil de famille ne ratifie pas le choix fait par la mère, les ascendants sont-ils appelés à la tutelle? Nous ne le pensons pas : assurément, ce choix est comme non avenu; mais l'intention d'exclure les ascendants n'a pas moins été manifeste; on doit la respecter : dès lors il y aura lieu à la tutelle dative. — Au surplus le conseil de famille nommera probablement celui des ascendants qu'il jugera en état de remplir les fonctions de tuteur.

Notre article ne statue que pour le cas où la mère remariée a été maintenue dans la tutelle : doit-on étendre son application à la mère qui s'est excusée en vertu de l'article 394? (*Voy.* ce que nous avons dit à cet égard sous l'article 397, p. 322 et 323).

401 — Le tuteur élu par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle, s'il n'est d'ailleurs dans la classe des personnes qu'à défaut de cette élection spéciale le conseil de famille eût pu en charger.

= Ainsi, le tuteur testamentaire peut refuser la tutelle dans les divers cas où il pourrait s'excuser, s'il était nommé par le conseil de famille : cette disposition se confond avec celle de l'art. 432; elle n'éta-

blit aucune règle. (*V.* section 6, quels sont les motifs d'excuse, articles 427-441.)

Nous déciderons, par suite, que s'il existe un ascendant en état de gérer la tutelle, la personne désignée par le survivant des père et mère ne sera point tenue d'accepter, puisqu'elle n'aurait pu être élue par le conseil de famille qu'à défaut d'ascendants.

Mais elle devra gérer jusqu'au moment où le conseil de famille aura nommé un tuteur. (Arg. des art. 419, 439, 440, 441.)

SECTION III.

DE LA TUTELLE DES ASCENDANTS.

Le système de la tutelle des ascendants nous vient des pays de droit écrit; il a son origine par conséquent dans le droit romain. La plupart des coutumes ne reconnaissaient d'autre tutelle légitime que celle des père et mère; à leur défaut, la tutelle devenait dative.

En rendant cet hommage aux ascendants, les auteurs du Code ont voulu rappeler les souvenirs de la vie patriarcale, et surtout resserrer les liens de famille, garantie d'ordre social à laquelle plusieurs lois révolutionnaires avaient porté une grave atteinte.

Le Code ne contient aucune règle formelle sur l'ordre dans lequel les ascendants sont appelés; il faut donc recourir à des inductions : or, il résulte clairement des articles 389, 390, 397 et 402 combinés, que les ascendants ne viennent qu'en troisième ligne, c'est-à-dire, au cas de prédécès des père et mère et à défaut de tuteur testamentaire.

Nous disons *au cas de prédécès des père et mère :* si la mère avait été privée de la tutelle par suite de son convol (1), si le survivant s'était fait excuser, ou s'il avait été exclu ou destitué, l'ordre de vocation légale se trouvant interrompu par un événement extraordinaire, il n'y aurait pas lieu à la tutelle des ascendants : ce serait le conseil de famille qui désignerait un tuteur (2).

Ce que nous disons pour le cas d'exclusion ou de destitution s'applique, *à fortiori*, lorsque la mère a refusé la tutelle : l'article 394 porte que « la mère survivante doit, en cas qu'elle refuse la tutelle, en remplir les devoirs *jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer* un tuteur : » la tutelle ne passe donc point à l'ascendant le plus proche.—L'article 405, conçu dans le même esprit, déclare également qu'il y a lieu à la tutelle dative lorsque le tuteur appelé dans l'ordre légal est excusé, exclu ou destitué. — Enfin, il résulte de l'article 402 que les ascendants ne viennent qu'à défaut de tuteur testamentaire; or, la tutelle testamentaire suppose le cas de *prédécès* des père et mère. — Aucun doute

(1) Dur., nos 411, 422, 441 et 447; Toullier, no 1107; Zach., § 100; — Toulouse, 18 mai 1832, Pal.; Paris, 24 juillet 1835, Pal.

(2) Toullier, *ibid.;* Merlin, vo Tutelle, sect. 2, § 2, art. 1er, no 3; Dur., nos 445 et 446; Favard, Rép., p. 819; Magnin, vo Tutelle, p. 2, no 487.

ne peut donc s'élever : toutes les fois que la tutelle légitime trouve une tête pour se reposer, la dévolution légale s'arrête ; pour que les ascendants soient appelés, il faut que le survivant des père et mère ait conservé l'administration jusqu'à sa mort (1).

Nous irons plus loin : lorsqu'un tuteur datif se trouve en exercice au moment de la mort du survivant des père et mère (ce qui peut arriver dans les cas prévus par les articles 394, 395 et 396), il n'y a point lieu à la tutelle légitime des ascendants : avant tout, nous le répétons, on doit considérer l'intérêt de l'enfant; or, les changements de tuteurs nuisent à l'administration.

Assurément, cette dernière décision ne s'appuie sur aucun texte formel; mais elle nous paraît être dans l'esprit de la loi. (Arg. de l'article 405; Demolombe, n° 182.)

Une question s'élève : Si le tuteur datif décède, reviendra-t-on à la tutelle légitime des ascendants? Non; les mêmes considérations se représentent : une fois devenue dative, la tutelle reste dative, l'ordre de dévolution légale est interrompu.

Nous disons *à défaut de tuteur testamentaire :* c'est-à-dire, *lorsqu'il n'a pas été nommé de tuteur par le dernier mourant des père et mère :* les ascendants se trouveraient écartés par cela seul qu'un tuteur testamentaire aurait été nommé, quand même il se serait fait excuser; car le survivant n'aurait pas moins manifesté l'intention de les exclure (2). — Cette décision, du reste, est confirmée par la disposition finale de l'article 405.

Bien plus, il y aurait lieu de recourir à la tutelle dative en cas de décès du tuteur testamentaire : en effet, si l'on appelait alors l'ascendant le plus proche, cet ascendant se trouverait plus âgé de toutes les années pendant lesquelles le tuteur testamentaire aurait administré; par conséquent, il serait encore moins apte à la tutelle qu'au moment de la mort du survivant des père et mère. (Toullier, n° 1107.)

Nous supposons que la nomination a été valable : évidemment, on ne devrait y avoir aucun égard, si les formes voulues n'avaient pas été observées, ou si la personne désignée était légalement incapable.

Au résumé, les ascendants ne sont appelés à la tutelle que dans deux cas:

1° Lorsque le survivant des père et mère est mort sans avoir fait choix d'un tuteur;

2° Lorsque l'ascendant le plus proche, investi de la tutelle, est décédé : en ce cas, les ascendants d'un degré plus éloigné sont appelés suivant l'ordre déterminé par la loi.

Observons ici que les ascendantes (à l'exception de la mère) (390) ne viennent pas de droit à la tutelle : la loi ne les relève de l'incapacité qui frappe les femmes en général que lorsqu'il s'agit de la tutelle dative ou de la tutelle testamentaire (3).

(1) Merlin, Rép., v° Tutelle, sect. 2, § 2, art. 1er, n° 3; Toullier, t. 2, n° 1107; Dur., t. 3, n°s 445 et 446; Favard, Rép., t. 5, p. 819; Magnin, Des tutelles, p. 2, n° 487.

(2) Toullier, n° 1107; Dur., n° 441; Zach., § 101.

(3) Zach., p. 217; Malleville et Delvincourt sur l'article 402; Magnin, n° 438.

Voyez, pour la tutelle des hospices, la loi du 15 pluviôse an XIII.

402 — Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient de droit à son aïeul paternel; à défaut de celui-ci, à son aïeul maternel, et ainsi en remontant, de manière que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré.

= La tutelle légitime n'appartient qu'aux ascendants mâles (402-404). Parmi les ascendantes, la *mère seule* est appelée par la loi (390); celles qui se trouvent à un degré plus éloigné peuvent seulement être élues soit par le conseil de famille, soit par le dernier mourant des père et mère (442 3°).

La tutelle est dévolue aux ascendants mâles, d'abord en considération du degré, puis de la ligne.

L'ascendant le plus proche est appelé sans distinction de ligne.

A égalité de degré, l'ascendant paternel est préféré à l'ascendant maternel.

En cas d'égalité tout à la fois de ligne et de degré, on distingue. (*Voy.* les articles suivants.)

— Nous avons admis qu'il y a lieu à la tutelle dative, lorsque l'ascendant le plus proche est exclu ou excusé : mais que doit-on décider s'il est mort en exercice ? En ce cas, l'ascendant qui vient après lui est-il appelé à le remplacer ? ∿ Suivant Duranton, n° 447, il faut, en ce cas, recourir à la tutelle dative : la dévolution légale, dit-il, est épuisée ; si l'on appelait l'ascendant plus éloigné, cet ascendant serait plus âgé de toutes les années pendant lesquelles, au lieu de s'excuser, l'ascendant défunt aurait géré ; ce qui pourrait devenir préjudiciable au mineur. Au surplus, il est à croire que le conseil de famille fixera son choix sur lui, s'il est capable. ∿ Demolombe, n° 187, distingue : en cas de décès, la dévolution d'un degré à l'autre doit avoir lieu ; en cas d'excuse ou de destitution, un tuteur datif doit être nommé. — Cette distinction nous paraît conforme aux textes et à l'esprit des articles 394 et 405 : ce dernier article, notamment, admet le décès comme l'événement qui doit donner lieu à la dévolution graduelle des tuteurs légaux ; au contraire, il considère comme devant entraîner la tutelle dative l'excuse, l'exclusion ou la destitution.

403 — Si, à défaut de l'aïeul paternel et de l'aïeul maternel du mineur, la concurrence se trouvait établie entre deux ascendants du degré supérieur qui appartinssent tous deux à la ligne paternelle du mineur, la tutelle passera de droit à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur.

= On ne peut avoir deux aïeuls paternels ni deux aïeuls maternels :

la concurrence ne peut donc s'établir qu'entre deux bisaïeuls : lorsque l'un et l'autre appartiennent à la ligne paternelle, la loi défère la tutelle à celui dont l'enfant porte le nom ; il semble alors, en effet, que le lien de parenté soit plus étroit.

404 — Si la même concurrence a lieu entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle, la nomination sera faite par le conseil de famille, qui ne pourra néanmoins que choisir l'un de ces deux ascendants.

= Dans le cas réglé par cet article, on ne voit pas de raison pour préférer l'un des bisaïeuls à l'autre, puisque l'enfant ne porte le nom d'aucun d'eux : il est rationnel de laisser au conseil de famille le soin de désigner, suivant l'intérêt du mineur, celui qui sera chargé de la tutelle; mais il ne peut choisir qu'entre les deux bisaïeuls.

Bien que désigné par le conseil de famille, le bisaïeul conserve la qualité de tuteur légitime : en effet, il ne tient point ses pouvoirs du conseil de famille, puisque le choix est circonscrit, mais de la loi.

SECTION IV.

DE LA TUTELLE DATIVE.

405 — Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera sans père ni mère, ni tuteur élu par ses père et mère, ni ascendants mâles, comme aussi lorsque le tuteur de l'une des qualités ci-dessus exprimées se trouvera ou dans le cas des exclusions dont il sera parlé ci-après, ou valablement excusé, il sera pourvu, par un conseil de famille, à la nomination d'un tuteur.

= Le conseil de famille est appelé à nommer un tuteur, lorsque le survivant des père et mère (395), le tuteur testamentaire, ou l'ascendant le plus proche est exclu ou destitué; enfin, lorsqu'il n'existe pas d'ascendants (405) : on dit alors que la tutelle est *dative;* qualification impropre, car il faudrait l'appliquer également à la tutelle testamentaire : en effet, la tutelle est nécessairement dative lorsqu'elle n'est pas légitime.

Nous parlerons plus loin de l'organisation du conseil de famille. (*Voy.* p. 333.)

Le tuteur désigné par le conseil de famille entre en fonctions, et par conséquent devient responsable, savoir : *immédiatement*, s'il est présent à la délibération, ce qui suppose qu'il fait partie du conseil de famille; et le jour où sa nomination *lui est notifiée*, s'il a été nommé en son absence (418 C. civ., 882 Pr.).—La délibération n'est pas sujette à homo-

logation, puisqu'il ne s'agit pas du règlement d'intérêts pécuniaires.

La notification doit être faite à la diligence d'un membre de l'assemblée, spécialement désigné par le conseil de famille, dans les trois jours de la délibération, outre un jour par trois myriamètres de distance entre le lieu où s'est tenue l'assemblée et le domicile du tuteur. (882 Pr.)

Le conseil de famille ne peut nommer qu'un seul tuteur, sauf l'hypothèse prévue par l'art. 417.— Toutefois, le nouveau mari devient cotuteur de la femme veuve en premières noces, si elle est maintenue dans la tutelle des enfants de son premier lit : mais c'est là un effet de la loi.

La nomination du tuteur doit être pure et simple. (*Voy.* p. 318.)

417 — Quand le mineur, domicilié en France, possédera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ces biens sera donnée à un protuteur.

En ce cas, le tuteur et le protuteur seront indépendants, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective.

= Cette disposition a été puisée dans les déclarations du 15 décembre 1721 et du 1er février 1743; elle renouvelle, pour un cas particulier, une règle de l'ancien droit, qui admettait que le mineur pouvait avoir deux tuteurs : l'un chargé du soin de la personne; l'autre chargé d'administrer les biens.

Le soin de la personne du mineur et l'administration des biens qu'il possède en France appartient au tuteur : il n'existe, en effet, qu'une seule tutelle. — En cas de nécessité, libre à lui de s'adjoindre des agents secondaires, qui géreront sous sa responsabilité.

Mais lorsque le mineur domicilié en France a des biens dans les colonies, ou lorsque, domicilié dans les colonies, il a des biens en France, la loi, prenant en considération l'impossibilité où se trouve le tuteur de gérer ces biens, attendu leur éloignement, décide que l'administration sera confiée à un tuteur spécial qu'elle désigne sous le nom de *protuteur*, dénomination qui nous paraît déterminer parfaitement la nature et l'étendue des pouvoirs dont il est investi.

La nomination d'un protuteur est-elle facultative pour le conseil de famille, ou est-elle nécessaire? En prescrivant cette mesure, disent quelques auteurs (1), le législateur a seulement voulu alléger le fardeau imposé au tuteur, et procurer en même temps au mineur des garanties pour l'administration de ses biens; il n'y a donc rien là qui touche à l'ordre public : si le tuteur ou le subrogé tuteur ne font aucune diligence pour qu'elle ait lieu, on doit présumer que les biens situés outre mer n'ont qu'une faible importance, ou que le tuteur entend les prendre sous sa responsabilité. Pourquoi lui interdire cette faculté? où sera le dommage pour le mineur? L'unité, en matière d'administration,

(1) Demolombe, n° 199; Dur., n° 469, t. 3.

n'offre-t-elle pas, au contraire, des avantages incontestables? D'ailleurs il peut arriver qu'on ne trouve pas aux colonies d'administrateur capable.—Ces considérations sont graves, mais elles doivent fléchir devant les termes absolus et formels de la loi : l'expression *sera donnée,* nous paraît impérative.—Ajoutons qu'elle a été substituée (à dessein, cela ne peut faire l'objet d'un doute) au mot *pourra*, qui se trouvait dans le première projet.

Nous appliquerons l'article 417, ainsi interprété, à toute tutelle sans distinction : légitime, testamentaire ou dative (Demolombe, n° 205). — Plusieurs auteurs décident, il est vrai, que l'on doit restreindre cette application au cas de tutelle dative : le conseil de famille, disent-ils, peut bien limiter les pouvoirs qu'il confère, mais il ne saurait modifier ceux qui proviennent d'une autre source. D'ailleurs, cet article est placé dans le chapitre de la tutelle déférée par le conseil de famille; donc il n'est pas entré dans la pensée du législateur de l'étendre à la tutelle légitime ou testamentaire : tel était l'esprit des déclarations du 15 décembre 1721 et du 1er février 1743. — Ces motifs ne sont que spécieux : le chapitre qui nous occupe n'est pas seulement relatif au mode de nomination du tuteur datif; il détermine, de plus, l'organisation et les pouvoirs du conseil de famille : or, dans toute tutelle, il y a un conseil de famille chargé de surveiller les actes du tuteur et de prescrire les mesures qu'il juge convenables dans l'intérêt du mineur. Que la tutelle soit légitime, testamentaire ou dative, peu importe : le conseil jouit du même pouvoir d'appréciation. — Quant à l'argument tiré des déclarations de 1721 et de 1743, on ne saurait s'y arrêter : sous l'empire de ces ordonnances, il est vrai, on ne pouvait diviser l'administration du père et de la mère ; mais observons qu'autrefois le père ou la mère n'avait pas nécessairement la tutelle; que *le juge pouvait ne pas juger à propos de la leur conférer* (article 2 de la déclaration de 1743). Chez nous, la tutelle étant de plein droit déférée au survivant des père et mère, puis aux ascendants plus éloignés, sans égard ni à leur âge ni à leur aptitude, il est sage de laisser au conseil de famille la faculté d'appliquer même en ce cas la disposition de l'article 417, s'il reconnaît que le tuteur ne peut administrer convenablement tous les biens.

Ainsi donc, tenons pour règle qu'un protuteur peut être nommé dans toute tutelle.

Nous excepterons cependant le cas où le survivant des père et mère aurait la jouissance légale des biens de l'enfant : en effet, ce droit ne saurait se concilier avec la règle que le tuteur et le protuteur sont indépendants l'un de l'autre pour leur gestion respective, règle proclamée par l'article 417, 2e alinéa. (Demolombe, nos 202 et suivants ; Toullier, n° 1123.)

Voyons maintenant par qui le protuteur doit être nommé.

D'après les déclarations du 15 décembre 1721 et du 1er février 1743, lorsque le mineur avait des biens situés outre mer, deux tuteurs étaient nommés : l'un, le tuteur ordinaire, administrait les biens situés en France; l'autre, désigné par le juge du lieu de la situation, sur l'avis

préalable d'un conseil de famille composé d'amis, et, autant que possible, de parents, administrait les biens situés dans les colonies.

Le projet du Code consacrait ce système (Fenet, t. 2, p. 76, et t. 10, p. 555); mais, M. Tronchet ayant fait observer qu'il serait souvent difficile d'organiser un conseil de famille dans des pays lointains où le mineur n'a peut-être ni parents ni amis, il fut admis, sur la proposition de Cambacérès, que le protuteur serait nommé pour la première fois au domicile du mineur, siége de la tutelle, et que, s'il faisait admettre des excuses, ou s'il était frappé de destitution, il serait pourvu sur les lieux à son remplacement. (Fenet, t. 10, p. 582.) — Quoi qu'il en soit, la rédaction définitive garde un silence absolu sur le mode de nomination du protuteur : que déciderons-nous?

Suivant Toullier, n° 1123, il faut suivre la rédaction arrêtée dans la discussion préparatoire, encore bien qu'elle n'ait pas été formulée législativement.

Demolombe, n° 206, décide que le protuteur doit être nommé comme le tuteur lui-même, par le conseil de famille convoqué au domicile du mineur : on peut dire, en faveur de ce système, que l'*unité est une condition* de bonne administration; que la direction doit partir d'un point central ; qu'il s'agit toujours d'une même tutelle, bien que la charge d'administrer soit répartie sur deux têtes.

Valette sur Proudhon, t. 2, p. 319, et Delvincourt, p. 110, n° 5, pensent que tout dépend des circonstances ; que le conseil de famille doit examiner, pour chaque cas particulier, s'il se trouve dans les colonies ou sur le territoire continental où le mineur n'est pas domicilié, des éléments suffisants pour composer un conseil de famille. — Cette dernière opinion nous paraît plus conforme à l'esprit de la loi que les deux précédentes : il s'agit, en définitive, de pourvoir à l'administration des biens que le mineur possède outre mer ou dans des contrées lointaines : or, un conseil de famille réuni *ad hoc*, sur les lieux, est plus à même que celui du domicile d'apprécier l'aptitude et l'activité du mandataire spécial qui en sera chargé.

Nous n'entendons pas dire qu'il y ait lieu d'organiser deux conseils de famille permanents, distincts et indépendants ; aucun texte ne l'exige : loin de là, l'article 417 considère le protuteur comme un tuteur adjoint pour certains biens; d'ailleurs, ce serait compliquer inutilement les rouages de la tutelle. — C'est le conseil de famille du lieu où le mineur est domicilié qui aura la surveillance de ces deux administrations; c'est lui qui en sera le centre, et en quelque sorte le point de ralliement.

Les fonctions du protuteur sont loin d'être aussi importantes que celles du tuteur : il n'a aucun pouvoir de direction sur la personne du mineur ; sa mission est restreinte aux biens : mais, sous ce dernier rapport, il se trouve, quant à ses droits et à ses obligations, dans la même position que le tuteur : *un subrogé protuteur* est nommé pour surveiller ses actes ; ses biens sont grevés d'hypothèque légale (2121) ; il est soumis à la contrainte par corps, pour sûreté de la restitution des deniers dont

il doit compte ; l'incapacité de recevoir, prononcée par l'article 907, lui est applicable, etc. (1).

L'administration du protuteur s'étend indistinctement sur tous les biens, meubles ou immeubles, qui appartiennent au mineur. — Quelques doutes se sont élevés à l'égard des meubles incorporels, tels que les créances, les rentes, les actions dans les compagnies industrielles ou de finances; mais nous ne voyons pas pourquoi on les excepterait : le protuteur est chargé, comme administrateur, de la poursuite des droits à exercer dans les lieux soumis à son administration ; par conséquent il doit avoir qualité pour recevoir des capitaux et pour les placer. Au surplus, les déclarations de 1721 et de 1743 conféraient au protuteur ces divers droits (2).

La loi déclare, dans sa disposition finale, le tuteur et le protuteur indépendants et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective : c'est-à-dire, que le tuteur ne pourra prétendre diriger le protuteur dans son administration, et *vice versâ;* qu'ils ne sont pas solidairement tenus envers le mineur des suites de leur gestion respective.

Le conseil de famille du domicile, centre de ces deux administrations, peut décider, conformément à la règle de l'art. 470, que le protuteur lui remettra tous les ans des états de situation ; il peut aussi lui imposer le devoir de faire passer des fonds au tuteur, soit pour les besoins du pupille, soit pour tout autre emploi déterminé : la déclaration de 1743 était formelle à cet égard.

Inutile de dire que le protuteur est tenu, comme le tuteur, de rendre compte de sa gestion, soit après l'émancipation, soit à la majorité du mineur.

Notre article suppose le cas où le mineur posséderait des biens dans les colonies, ou réciproquement: il n'est pas douteux que la même décision serait applicable, si les biens se trouvaient sur un territoire continental étranger; il y aurait complète analogie dans les situations. (Demolombe, n° 218.)

— Le protuteur peut-il être nommé par le dernier mourant des père et mère (397)? ⇝ On ne comprendrait pas pourquoi le dernier mourant, qui a la faculté de nommer un tuteur, n'aurait pas celle de nommer un protuteur. — Sans doute, il ne peut nommer un subrogé tuteur (420); mais il s'agit ici d'une tutelle véritable. (Demolombe, n° 207.)

418 — Le tuteur agira et administrera, en cette qualité, du jour de sa nomination, si elle a lieu en sa présence ; sinon, du jour qu'elle lui aura été notifiée.

= Cet article pose implicitement en principe que la délibération du conseil de famille, relative à la nomination du tuteur, est exécutoire sans homologation.

(1) Demolombe, n° 212; — Cass., 27 novembre 1848, Dev., 1849, 1, 12.
(2) Demolombe, n° 209; Delv., p. 115, n° 4.

Si le tuteur est choisi parmi les membres du conseil de famille, il entre aussitôt en fonctions et devient immédiatement responsable.

Si la nomination n'est pas faite en sa présence, le conseil de famille charge un de ses membres de lui notifier la délibération. Cette notification doit être faite dans le délai de trois jours, sans préjudice de l'augmentation à raison des distances (882 Pr.) : le tuteur devient responsable à partir de ce moment.

Par analogie, on décide :

1° Que la responsabilité du tuteur légal commence du jour où il a eu connaissance du décès qui donne ouverture à la tutelle ;

2° Que celle du tuteur testamentaire date également de l'ouverture du testament, lorsque le tuteur est présent ; sinon, du jour où il a été légalement averti de sa nomination par la notification de l'acte qui lui défère la tutelle.

419 — La tutelle est une charge personnelle qui ne passe point aux héritiers du tuteur. Ceux-ci seront seulement responsables de la gestion de leur auteur ; et, s'ils sont majeurs, ils seront tenus de la continuer jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur.

= La tutelle est une sorte de mandat légal, une charge qui s'éteint, par conséquent, avec la personne.

Toutefois, comme il importe que les affaires du pupille ne restent pas à l'abandon, la loi charge les héritiers (de quelque sexe qu'ils soient) d'instruire le subrogé tuteur de la mort du tuteur, et de continuer la gestion jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur.

Néanmoins, on ne peut croire qu'elle entende leur imposer d'autre obligation que celle de prendre des mesures commandées par l'urgence. Libre à eux, au surplus, de requérir la convocation du conseil de famille, puisque le Code leur confère cette faculté, en qualité de parties intéressées (406).

Observons que ce devoir n'est imposé aux héritiers qu'autant qu'ils sont majeurs, et par conséquent capables de s'obliger : s'ils étaient mineurs, incapables ou dans l'impossibilité de veiller aux affaires du pupille, par une cause quelconque, l'administration passerait provisoirement au subrogé tuteur (424).

La loi déclare les héritiers responsables de la gestion de leur auteur, parce que les dommages-intérêts auxquels pourrait donner lieu la mauvaise administration du tuteur grèvent la succession qu'ils sont appelés à recueillir.

Du conseil de famille.

Le conseil de famille est une assemblée de parents, d'alliés ou d'amis de l'incapable, présidée par le juge de paix.

Ce tribunal domestique ne rend pas de jugements; il a pour mission de donner des avis et de prendre des délibérations.

Ainsi, en cas de recours, le tribunal civil est saisi, non comme juge d'appel, mais comme juge de première instance (889 Pr.) (1).

Le tuteur peut consulter le conseil de famille toutes les fois qu'il a besoin de s'éclairer sur quelques points difficiles de son administration: mais cet avis est purement officieux de la part du conseil, à moins que l'acte ne rentre dans la classe de ceux qui doivent lui être nécessairement soumis. La loi prend soin de les déterminer (*voy.* art. 494 C. civ., 892 et 893 Pr.).

Les délibérations du conseil de famille sont relatives soit au personnel, soit au matériel de la tutelle :

Au personnel, lorsqu'il est appelé à nommer un tuteur ou un subrogé tuteur; à prononcer sur les causes de dispense, d'exclusion ou de destitution (402, 420, 439, 442, 395, 396, 505); enfin, lorsqu'en vertu du pouvoir de surveillance qui lui est conféré, il prescrit certaines mesures relativement à la garde et à l'éducation de l'enfant (454 et suiv.);

Au matériel, lorsqu'il statue sur les affaires de la tutelle. — Parmi les délibérations qu'il est appelé à prendre, les unes ont effet par elles-mêmes, les autres sont soumises à la formalité de l'homologation (*voy.* art. 885 et 889 Pr.); d'autres, enfin, nécessitent l'avis de trois jurisconsultes.

La règle, à cet égard, est que les délibérations sont exécutoires par elles-mêmes, à moins que la loi n'en ait autrement décidé (*voy.* art. 457, 458, 463, 464, etc.).

Les délibérations du conseil de famille sont susceptibles de recours; le Code civil ne s'est expliqué sur ce point que relativement aux excuses, aux exclusions ou aux destitutions (426, 439, 448, 449); mais le Code de procédure a généralisé la règle (art. 883, 884 et 889).

Elles peuvent être attaquées soit *en la forme*, soit *au fond* : — *en la forme*, si les dispositions relatives à l'organisation du conseil de famille, ou au mode de délibérer, ont été négligées: il appartient aux tribunaux d'apprécier en fait le caractère de l'irrégularité; ils auront égard surtout à la bonne foi des tiers et au préjudice plus ou moins grave que le mineur aura éprouvé (2); — *au fond*, lorsque la délibération est contraire aux intérêts du mineur.

La demande peut être formée : par les *parents* ou *alliés* qui, d'après la loi, devaient faire partie du conseil de famille, et qui n'y ont pas été appelés; par *le tuteur*, par *le subrogé tuteur*, ou même par *les membres du conseil de famille* (883 Pr.), s'ils pensent que les intérêts du mi-

(1) Rennes, 31 août 1818; Cass., 18 juillet 1816, Pal. Dev.

(2) Demolombe, nos 327 et suiv.; Toullier, n° 1119; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 328; Zach., t. 1er, p. 197; — Cass., 22 juillet 1807; Lyon, 15 février 1812; Colmar, 27 avril 1813; Angers, 29 mars 1821; Toulouse, 5 juin 1829, Dev., Pal.; Cass., 30 avril 1834, Dev., 1834, 1, 340, Pal.; Aix, 19 mars 1835, Dev., 1835, 2, 478; Cass., 3 avril 1838, Dev., 1838, 1, 368; Lyon, 13 mars 1845, et Grenoble, 18 décembre 1845, Dev., 1846, 2, 429; Caen, 30 août 1847, Dev., 1848, 2, 527; Cass., 26 janvier 1848, Dev., 1848, 1, 177.

neur soient lésés ; — enfin par *les tiers*, s'il arrive que la délibération leur cause quelque préjudice.

Mais nous n'étendrons pas cette faculté au mineur parvenu à sa majorité ou émancipé : on ne comprendrait pas qu'il pût attaquer, en vue de détruire un acte consommé, la délibération prise par une assemblée composée de parents, d'alliés ou d'amis, tous désintéressés dans ses affaires, et dont on ne saurait dès lors suspecter les intentions; par un être moral qui avait pour mission d'habiliter le tuteur, son représentant légal, à faire certains actes importants d'administration.

L'action doit être dirigée, savoir : contre tous les membres du conseil de famille, lorsqu'elle est fondée sur une irrégularité (arg. de l'article 883 Pr.; Demolombe, n° 342) ;

Contre le subrogé tuteur, si elle est formée par le tuteur contre la délibération qui prononce son exclusion ou sa destitution (art. 448) ;

Enfin, contre les membres qui ont été d'avis de la délibération, lorsque ses excuses ont été rejetées (441), ou lorsque, régulière en la forme, la délibération est attaquée comme contraire aux intérêts du mineur (883 Pr.).

Le recours est ouvert même aux membres qui ont composé la majorité, s'ils reconnaissent, par des renseignements nouveaux, qu'on les a trompés ou qu'ils ont été induits en erreur; l'intérêt du mineur doit être seul considéré. Toutefois, le mode de procéder sera modifié : ils devront faire convoquer le conseil de famille, ouvrir de nouveau la discussion, et alors, si la majorité persiste, ils agiront conformément à l'article 883 Pr.

Il est bien entendu que le juge de paix ne doit pas être mis en cause (1).

Le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel s'est assemblé pour la première fois le conseil de famille, c'est-à-dire, celui de l'ouverture de la tutelle.—La cause est jugée sommairement, comme affaire urgente (884 Pr.). — Le jugement est sujet à appel (889 Pr.).—On suit pour l'appel les règles du droit commun.

Les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées incidemment devant le tribunal saisi de la demande en homologation (889 Pr.)

L'un des projets préparatoires contenait une section intitulée : *Des garanties relatives a la tutelle ;* les articles 74 et 76 déclaraient, en certains cas, les membres du conseil responsables des conséquences de leurs avis; mais ces dispositions n'ont pas été introduites dans le Code : concluons de là que le mineur ne pourrait agir contre eux personnellement, qu'autant qu'ils se seraient rendus coupables de dol, ou d'une faute lourde (2), *dolo proxima*, qui révélerait une extrême indifférence dans l'accomplissement de leurs devoirs; par exemple, s'ils avaient élu sciemment pour tuteur un homme taré ou notoirement connu pour dissipateur (arg. des articles 804, 1382, 1383, 1891, etc.).

(1) Cass., 29 juillet 1812, Dev. Pal.

(2) Dur., n° 473; Zach., p. 200; Proudhon, t. 2, p. 326 et 328; Merlin, Rép., v° Avis de parents; Demolombe, n° 352.

Nous n'entreprendrons pas d'énumérer ici les actes qui rentrent dans les attributions du conseil de famille; ils sont épars dans les divers titres du Code: nous verrons que le conseil de famille exerce une véritable magistrature, qui s'étend sur tous les faits de tutelle.

Remarquons, en terminant cet exposé préliminaire, qu'il faut distinguer avec soin le domicile du mineur du domicile de la tutelle. — Le domicile du mineur, comme nous l'avons vu sous l'article 108, est, pendant le cours de la tutelle, chez son tuteur. — Le domicile de la tutelle est au lieu où la tutelle s'est ouverte. — L'un est un domicile de circonstance et d'occasion, qui n'a d'autre durée que le fait même duquel il dérive; l'autre est invariable.

Quelle est la sanction des règles comprises dans le chapitre qui nous occupe? Ces règles n'ont pas toutes une égale importance. D'ailleurs, quelques-unes seulement sont prescrites d'une manière impérative: dans le silence de la loi, il semble rationnel de reconnaître aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (1).

Les règles que nous aurons à examiner peuvent se rattacher aux trois points suivants: 1° convocation du conseil de famille (406, 411 et 414); — 2° organisation (407-410); — 3° forme des délibérations.

De la convocation du conseil de famille.

406 — Ce conseil sera convoqué soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur. Toute personne pourra dénoncer à ce juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur.

= Au juge de paix seul appartient le droit de convoquer le conseil de famille et de désigner les personnes qui devront en faire partie.

La convocation a lieu soit d'office, soit sur réquisition:

Le juge de paix agit d'office, lorsqu'il y a lieu soit de nommer, soit de destituer un tuteur (art. 421 et 446): ajoutons, quoique la loi ne s'en soit pas expliquée, toutes les fois que l'urgence l'exige; président du conseil, il doit prendre l'initiative de toutes les mesures que commande l'intérêt du mineur (414).

Il est tenu de faire cette convocation, lorsqu'elle est requise, savoir:

1° Par les parents du mineur, sans limitation de degré: on n'a pas cru devoir restreindre aux parents les plus proches une faculté dont l'exercice ne peut être que favorable au mineur.

Toutefois, lorsqu'il s'agit de l'émancipation du mineur (479) ou de la destitution du tuteur, le juge de paix n'est tenu de déférer à la réqui-

(1) Toullier, t. 2, n° 1119; Valette sur Proudhon, p. 328; — Cass., 30 avril 1834, Dev., 1834, 1, 444.

sition qui lui est faite, qu'autant qu'elle émane de parents au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches.

L'article 406 ne parle pas des alliés ; mais ce n'est là qu'un oubli : les alliés jouissent des mêmes droits que les parents, puisqu'ils font comme eux partie du conseil de famille (arg. des art. 407, 446 et 479).

Certaines personnes sont tenues, sous leur responsabilité personnelle, de faire convoquer le conseil de famille (*voy.* art. 394, 419 et 424).

2° Par les créanciers du mineur, ou par d'autres parties intéressées, telles que l'associé de l'auteur du mineur qui veut liquider la société, le débiteur qui veut se libérer, le copartageant et le copropriétaire qui veulent sortir d'indivision, etc.

Ces personnes peuvent avoir intérêt à requérir la convocation du conseil de famille, soit pour faire nommer au mineur un défenseur légal contre lequel ils pourront diriger leur action, soit pour faire autoriser le tuteur à prendre certaines mesures urgentes qui excèdent les pouvoirs qu'il tient de la loi.

3° Par le subrogé tuteur : sa mission de surveillance lui donne le droit et lui impose même le devoir de provoquer la dissolution du tuteur en exercice, en cas de prévarication (446), et de faire nommer un nouveau tuteur, en cas de vacance (424). — Il n'est pas mentionné dans l'article 406, parce que cet article suppose que la tutelle vient de s'ouvrir; parce qu'il prévoit, par conséquent, l'hypothèse où il n'y a pas encore de subrogé tuteur.

4° Enfin par le tuteur : le tuteur doit user de ce droit toutes les fois que les intérêts moraux ou matériels du mineur l'exigent.

Quant au ministère public, il n'agit d'office, en matière civile, que dans les cas déterminés par la loi ; telle est la règle générale : or, aucun texte ne l'autorise à convoquer d'office le conseil de famille ; il doit se borner à éveiller la sollicitude du juge de paix (1). (Arg. de la loi du 28 avril 1810, art. 46.)

Comme il pourrait se faire qu'il n'y eût ni parties intéressées ni parents, ou du moins que ces derniers ne fissent aucune diligence, la loi charge toutes personnes de dénoncer au juge de paix les faits qui peuvent motiver la convocation.

Régulièrement, le conseil de famille doit être convoqué par citation *à jour fixe* (411). — Nous pensons que l'amende ne peut être prononcée contre les non comparants (413) qu'autant que le juge de paix a usé de ce moyen légal ; mais, afin d'éviter les frais, il se borne le plus souvent à convoquer par lettres et même à l'amiable (2). Cet usage est consacré par l'article 17 de la loi du 25 mai 1838.

La réunion a lieu à jour fixe, parce qu'il s'agit de délibérer (411). — L'assemblée se tient de plein droit chez le juge paix, à moins que ce magistrat n'ait désigné un autre local.

(1) Magnin, n° 323; Merlin, v° Mineur, § 4; v° Ministère public, § 7, n° 2; — Cass., 11 août 1818, Dev. Pal.; D., Tutelle, p. 108.

(2) Agen, 19 février 1830, Pal. Dev.

Il va de soi que les séances ne sont pas publiques; car on ne se trouve pas à l'audience, mais dans une assemblée de famille (1).

Le juge de paix compétent est celui du lieu où la tutelle s'est ouverte; en d'autres termes, celui du lieu où le père était domicilié au moment de la dissolution du mariage: jusqu'alors, il n'y avait point tutelle, mais administration légale.— Peu importerait que les époux eussent été séparés de corps, ou même que la mère eût été chargée de la garde et de l'éducation des enfants mineurs : les enfants n'auraient pas moins eu leur domicile légal chez leur père; par conséquent, la règle serait applicable. (Demolombe, nos 238 et 239.)

Ici s'élève une question : le siége du conseil de famille peut-il être déplacé pendant le cours de la tutelle? — *Quid* si un nouveau tuteur succède à l'autre? — *Quid* si le tuteur en exercice change de domicile; par exemple, s'il accepte des fonctions inamovibles?

Écartons d'abord la première hypothèse : les termes de l'art. 421 démontrent clairement que le changement de tuteur ne peut avoir pour résultat de déplacer le siége du conseil de famille. « Le tuteur, porte cet article, doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer, pour la nomination du subrogé tuteur, un conseil de famille composé comme il est dit dans la section 4. » — Or, il résulte de l'art. 407 que le conseil de famille se forme *dans la commune où la tutelle s'est ouverte ;* donc, c'est toujours dans ce lieu que le conseil de famille doit s'assembler. La tutelle ne s'ouvre point par le fait du changement de tuteur; la nomination d'un nouveau tuteur ne constitue point une tutelle nouvelle; c'est toujours la tutelle originaire qui continue.

On pourrait nous opposer l'article 108 C. civ., lequel déclare que le mineur a son domicile chez son tuteur; mais ce serait confondre deux choses bien distinctes : le *domicile de la tutelle*, c'est-à-dire, le siége du rapport du tuteur et du subrogé tuteur avec le conseil de famille, et le *domicile du mineur*, ou le siége des rapports du tuteur avec les tiers; ce serait constituer l'article 407 en contradiction avec l'article 403. — Il ne s'agit point ici de déterminer le lieu où doivent être signifiés les exploits qui concernent le mineur, mais de savoir quel est le juge de paix compétent pour convoquer le conseil de famille : nous n'envisageons ici la question de domicile que sous ce dernier point de vue (2).

Ces courtes observations doivent suffire pour démontrer que le changement de tuteur n'entraîne point pour le mineur de changement de domicile relativement à la tutelle, c'est-à-dire, en ce qui concerne ses rapports avec le conseil de famille.

Appliquez cette décision dans tous les cas, que la tutelle soit dative, légitime ou testamentaire : sous ces deux derniers rapports ; il est vrai, quelques doutes peuvent se présenter, car le tuteur ne tient plus alors ses pouvoirs du conseil de famille ; mais il est évident que le

(1) Dur., no 454; Zach., t. 1er, p. 194; Demolombe, no 302;— Cass., 30 décembre 1840, Dev., 1841, 1, 171.

(2) Aix, 7 mars 1846, Pal., 1846, 1, 612.

caractère de la tutelle ne saurait exercer aucune influence sur la question : le siége de la tutelle est invariablement fixé au lieu du dernier domicile conjugal ; l'art. 407 ne distingue pas.

Passons à la deuxième hypothèse, celle de savoir si le domicile du mineur suit celui du tuteur. — Plusieurs systèmes se sont élevés; nous les exposerons, bien que l'on puisse déjà pressentir notre opinion.

Premier système : Le domicile du mineur est transporté de fait partout où il plaît au tuteur de se fixer, que la tutelle soit légitime, testamentaire ou dative. Comment admettre, en effet, que ce domicile soit immuable, alors que le tuteur peut être appelé à exercer des fonctions inamovibles loin du lieu où la tutelle s'est ouverte ? Comment placer le tuteur dans la nécessité d'entreprendre un voyage peut-être long et coûteux, toutes les fois qu'il s'agira de prendre l'avis de la famille ? — Ce système a été justement rejeté par la jurisprudence (1) : sans doute, la règle d'un domicile immuable a des inconvénients; mais, enfin, vaudrait-il mieux laisser au tuteur la facilité de se soustraire par un simple changement de domicile à la surveillance d'un subrogé tuteur vigilant; d'enlever au mineur la protection de ses parents et des amis de ses père et mère, pour le placer sous la dépendance d'un nouveau conseil de famille composé d'indifférents?

Deuxième système : Le domicile du mineur (toujours, bien entendu, en ce qui touche les rapports du tuteur avec le conseil de famille) peut être déplacé lorsque la *tutelle est légitime;* car le titre d'ascendant présente une garantie contre les abus : mais, dès le moment où la tutelle est devenue dative ou même testamentaire, le siége du conseil de famille reste immuablement fixé au lieu où se trouvait domicilié l'ascendant tuteur à l'époque de son décès (2). — Cette distinction ne s'appuie sur aucun texte; elle n'obvie d'ailleurs à aucun des inconvénients que nous venons de signaler ; on ne pourrait l'appliquer même au cas de tutelle des père et mère, sans confondre tous les principes. Rappelons-nous, en effet, que le survivant des père et mère réunit en lui deux sortes de droits : ceux attachés à la puissance paternelle, ceux qui résultent de la tutelle : au premier titre, il administre la personne; au deuxième titre, il administre les biens : or, il s'agit ici du domicile de l'être moral appelé tutelle, des rapports du mineur avec son conseil de famille ; ce domicile est par conséquent celui que les père et mère avaient à l'époque de la dissolution de leur mariage (3).

Troisième système : Il faut placer la tutelle testamentaire sur la même ligne que la tutelle légitime ; on ne voit pas de raison pour distinguer : le tuteur légitime tient ses droits de la loi ; le tuteur testamentaire tient les siens du dernier mourant des père et mère : dès lors, on ne saurait les soumettre ni l'un ni l'autre, comme le tuteur datif, véritable

(1) Cass., 23 mars 1819, Dev. Pal.; Paris, 24 juillet 1835, Dev., 1835, 2, 405, Pal.

(2) Dur., nº 455; Magnin, nos 76 et suiv.; Zach., t. 1er, p. 193; Duvergier sur Toullier, nº 1114, t. 1er; — Cass., 10 août 1825, D., 1825, 1, 405; 20 novembre 1809, Pal. Dev.

(3) Cass., 11 mai 1842, D. P., 1842, 1, 217.

délégué du conseil de famille, à la règle des articles 406 et 407, qui attache invariablement le siége de la tutelle au lieu où elle s'est ouverte. — Nous avons répondu à ce système.

Quatrième système : La tutelle se trouve en quelque sorte individualisée par l'événement qui met fin à l'administration légale, qu'elle soit légitime, testamentaire ou dative, peu importe ; elle a son domicile fixe, invariable, au lieu où elle s'est ouverte. Les termes généraux et absolus de l'article 407 sont d'ailleurs corroborés par ces mots de l'article 527 Pr. : les tuteurs seront poursuivis en reddition de compte *devant les juges du lieu où la tutelle a été déférée.* — Assurément, le titre d'ascendant mérite des égards ; mais, avant tout, il faut songer au mineur : or, un changement de domicile peut devenir funeste à ses intérêts. Nous l'avons démontré. — Quant à la distinction que l'on veut établir entre les tuteurs légitimes ou testamentaires, d'une part, et les tuteurs datifs, d'autre part, elle est dénuée de base : où voit-on que ces derniers soient les délégués, les commis du conseil de famille? Investis des mêmes droits, soumis aux mêmes charges et aux mêmes obligations que les tuteurs légitimes ou testamentaires, ils ont une égale indépendance ; la loi n'établit entre eux aucune distinction (1).—Ainsi la tutelle, quel que soit son caractère, doit être considérée comme un être moral ayant son domicile propre.

La cour de cassation a néanmoins consacré la distinction suivante : lorsqu'il s'agit de nommer un tuteur ou un subrogé tuteur, le domicile du mineur est au lieu où la tutelle s'est ouverte ; alors seulement on peut dire que la tutelle a une assiette fixe et immuable : c'est le cas des art. 406, 407, 421 et 422. — Mais quand elle fonctionne, quand il s'agit seulement, pour le tuteur, d'obtenir l'autorisation de faire certains actes relatifs soit aux biens, soit à la personne du mineur, le domicile du mineur est le même que celui de son tuteur : c'est le cas de l'art. 108 (2). — Cette distinction nous paraît inadmissible : d'une part, elle n'obvie à aucun des inconvénients que nous avons signalés ; d'autre part, elle est en opposition manifeste avec la règle générale des art. 407 C. civ. et 527 Pr. Dans quel texte voit-on qu'il ait été dérogé à cette règle? On cite l'article 108 : mais cet article, nous l'avons déjà dit, a pour unique objet de déterminer le domicile du mineur, considéré dans ses rapports avec les tiers. « Ce qu'il eût été vrai de formuler, dit Demolombe, n° 251, c'est que la convocation au lieu du domicile personnel du tuteur, bien qu'irrégulière en droit, peut être maintenue, si cette irrégularité n'est pas préjudiciable au mineur ; c'est que la loi laisse en général aux magistrats un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les circon-

(1) Magnin, t. 1er, n° 78; Toullier, n° 1114; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 313; Delv., p. 106, n° 2; Demolombe, n° 248; — Cass., 11 mai 1842, Dev., 1842, 1, 217; 16 juin 1846, Dev., 1847, 1, 127; 4 mai 1846, Dev. Pal., 1846, 1, 129; 29 novembre 1809, 17 décembre 1849, Dev., 1850, 1, 299; Dal., 1850, 1, 77; Nîmes, 2 mars 1848, Dev., 1848, 2, 295; D., 1848, 2, 60; Cass., 4 janvier 1842, Dev., 1842, 1, 244: Rennes, 31 août 1818 et 9 février 1813; Cass., 20 novembre 1809; Turin, 13 mai 1811; Cass., 23 mars 1819; Paris, 24 juillet 1835, D. P., 35, 2, 156.

(2) Cass., 4 mai 1846, Dev., 1846, 1, 465; Pal., 1846, 2, 78.

stances et pour prononcer ou ne pas prononcer des nullités en cette matière (1). »

La question n'étant point formellement tranchée, il pourrait arriver que deux conseils de famille, convoqués dans des lieux différents, eussent pris des délibérations distinctes et même opposées : quelle est alors celle qui sera maintenue? Il n'y aura point lieu à un règlement de juge, puisqu'il n'y aura pas contrariété de jugements (504 Pr.). — Comment sortir de cette difficulté? Appliquons les principes généraux : puisqu'on attaque les actes du tuteur, la compétence appartient naturellement au tribunal du lieu où il est domicilié. Ce tribunal, ainsi que nous l'avons établi, statuera pour le plus grand intérêt du mineur. En matière de tutelle, aucun texte ne prononce de nullité pour violation des règles sur la compétence.

Il faut étendre cette décision au cas où deux conseils de famille, réunis dans des lieux distincts, auraient nommé respectivement un tuteur : l'action en nullité devrait être portée devant le tribunal du lieu où se serait réuni le conseil de famille dont on attaquerait la délibération. (Demolombe, n° 251 *bis*.)

411 — Le délai pour comparaître sera réglé par le juge de paix à jour fixe, mais de manière qu'il y ait toujours, entre la citation notifiée et le jour indiqué pour la réunion du conseil, un intervalle de trois jours au moins, quand toutes les parties citées résideront dans la commune, ou dans la distance de deux myriamètres.

Toutes les fois que, parmi les parties citées, il s'en trouvera de domiciliées au delà de cette distance, le délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres.

= Dans l'usage, les membres du conseil de famille se réunissent sur un simple avis du juge de paix, donné soit par lettres, soit verbalement, sans même avoir égard aux délais déterminés par notre article : mais ce mode de convocation ne pourrait donner lieu à l'application des articles 413 et 415, car il n'est pas légal : ainsi, d'une part, les défaillants n'encourraient pas d'amende; d'autre part, la présence des trois quarts des membres convoqués ne suffirait pas pour que l'assemblée pût valablement délibérer (2).

Régulièrement, le conseil de famille doit être convoqué par acte d'huissier, trois jours au moins avant celui fixé pour la réunion, non compris celui de la signification de l'exploit : il faut que le délai soit franc (1033 Pr.).

Si l'une des parties citées demeure hors la distance de deux myriamètres, la loi veut que ce délai soit augmenté d'un jour par trois myriamètres.

(1) Cass., 11 mai 1842, Dev., 1842, 1, 661; 16 juin 1846, Dev., 1847, 1, 127.
(2) Rouen, 7 avril 1827, Dev. Pal.

Pourquoi laisser un intervalle aussi prolongé entre le jour de la signification et celui de la réunion?

Le législateur a considéré que le conseil de famille étant appelé à rendre un service purement officieux, il convenait de ne pas enlever subitement à leurs occupations personnelles les membres qui doivent le composer; du reste, libre à eux de se réunir sans y avoir égard, puisqu'il n'est prescrit que dans leur intérêt : la délibération qu'ils auraient prise ne serait pas viciée par cette irrégularité.

Quelques personnes pensent, à tort, qu'on a voulu, dans l'intérêt du mineur, laisser aux personnes convoquées le temps de réfléchir sur l'objet de la délibération : c'est là une erreur, puisque les citations ne sont pas motivées : d'ailleurs, cette révélation anticipée serait souvent dangereuse (1).

412 — Les parents, alliés ou amis, ainsi convoqués, seront tenus de se rendre en personne, ou de se faire représenter par un mandataire spécial.

Le fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne.

= Toute personne régulièrement convoquée doit assister aux délibérations du conseil de famille, à moins qu'elle n'ait une excuse légitime : il en est de l'obligation de comparaître au conseil de famille, comme de celle d'accepter la tutelle (418, 427 et suiv., 442 comb.).

Les membres convoqués peuvent se faire représenter par un mandataire. Le mandat doit être *spécial*, c'est-à-dire, qu'il doit conférer le pouvoir de délibérer soit sur toutes les questions qui seront agitées dans la réunion déterminée, soit sur l'une d'elles seulement (arg. de l'article 1987).

L'authenticité n'est pas de rigueur (2) : l'acte peut être donné sous seing privé (arg. de l'art. 1985), mais il faut le faire enregistrer.

Le juge de paix est tenu d'annexer cet acte au registre des délibérations.

Pour que la faculté dont il s'agit ne devienne pas destructive des éléments nécessaires d'une délibération, la loi déclare que le même fondé de pouvoir ne pourra représenter plus d'une personne : il est dans son esprit que les membres du conseil se consultent et s'éclairent mutuellement par la discussion.

Par suite, nous déciderons :

1° Qu'on ne peut choisir pour mandataire qu'une personne capable d'être membre du conseil de famille (442 et 445); ce qui exclut les femmes, les mineurs non émancipés, et ceux qui ont été destitués d'une tutelle (445) (3);

(1) Cass., 22 juillet 1807, Dev. Pal.
(2) Metz. 24 brumaire an XIII, Dev. Pal.
(3) Demolombe, n° 296; — Orléans, 12 janvier 1850, D., 1850, 2, 60.

2° Que le mandat ne peut être limitatif : s'il impose au mandataire un vote particulier, soit à l'égard de tel individu, lorsqu'il s'agit de nommer un tuteur (1) ; soit à l'égard d'une affaire déterminée, lorsqu'il s'agit d'un acte de gestion, le mandant est considéré comme défaillant.

413 — Tout parent, allié ou ami, convoqué, et qui, sans excuse légitime, ne comparaîtra point, encourra une amende qui ne pourra excéder cinquante francs, et sera prononcée sans appel par le juge de paix.

414 — S'il y a excuse suffisante, et qu'il convienne, soit d'attendre le membre absent, soit de le remplacer ; en ce cas, comme en tout autre où l'intérêt du mineur semblera l'exiger, le juge de paix pourra ajourner l'assemblée ou la proroger.

= En cas de non-comparution de l'un des membres légalement convoqué, le juge de paix peut, ou *ajourner* l'assemblée, c'est-à-dire, renvoyer la délibération sans en fixer le jour, ce qui rendra nécessaire une convocation nouvelle ; — ou la *proroger*, c'est-à-dire, remettre la délibération à jour fixe, sans nouvelle convocation : les membres du conseil sont alors suffisamment avertis ; — ou faire délibérer de suite, si les trois quarts des membres convoqués sont présents ; — ou, enfin, appeler un nouveau membre pour remplacer le non comparant.

A moins d'excuse légitime, le défaillant encourt une amende dont le *maximum* est fixé à 50 fr., mais que le juge de paix peut librement abaisser, puisque la loi ne fixe pas de *minimum*.—Cette amende est prononcée sans appel par le juge de paix : toutefois, comme la loi n'interdit pas la voie d'opposition, le non comparant peut se faire relever de la condamnation prononcée contre lui, en présentant une excuse suffisante ; le juge de paix est appréciateur des circonstances (arg. des articles 396 et 397 Instr. crim. ; Magnin, n° 342).

Observons que la faculté conférée au juge de paix de proroger ou d'ajourner l'assemblée, n'est pas limitée au cas de non comparution de l'un des membres du conseil : il peut en user toutes les fois que l'intérêt du mineur l'exige ; notamment, lorsque l'assemblée manque d'éléments suffisants pour délibérer.

— L'amende peut-elle être prononcée contre les ascendants et contre les ascendantes veuves ? ✓✓ La loi est conçue en termes généraux et absolus : les ascendants sont convoqués ; dès lors, ils encourent une peine en cas de non-comparution. — Toutefois, le juge de paix usera de ménagements à leur égard.

(1) Dur., n° 456 ; Proudhon, t. 2, p. 182 ; Zach., p. 195 ; Locré, Législ. civ., t. 7, p. 181 ; Demolombe, n° 295.

De l'organisation du conseil de famille.

Les qualités suivantes sont requises dans la personne des membres du conseil de famille :

1° Ils doivent être *mâles;* car la tutelle étant une charge publique, tous les éléments qui la constituent, savoir : le tuteur, le subrogé tuteur et les membres appelés à composer l'être moral appelé conseil de famille, doivent avoir l'aptitude nécessaire pour remplir ces sortes de charges. — Néanmoins, la loi fait exception en faveur de la mère (442) et des *ascendantes veuves* (408).

2° Ils doivent être *majeurs;* car il serait contradictoire d'admettre que des incapables pussent habiliter un tuteur à faire des actes qui leur sont interdits à eux-mêmes, ou participer au choix du personnel d'une tutelle.

Les père et mère de l'enfant sont exceptés de la règle (442).

3° Ils doivent être, sinon parents ou alliés du mineur, du moins connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec les père et mère (409).

4° Ils doivent avoir l'exercice des droits civils (442).

5° Enfin, la loi écarte les personnes d'une inconduite notoire, celles contre lesquelles s'élèvent des préventions d'improbité, et celles qui ont, ou dont les père et mère ont, avec le mineur un procès dans lequel l'état civil ou une partie notable de la fortune de ce mineur peuvent se trouver compromis (442, 443 et 445).

Le conseil de famille ne constitue pas un corps permanent dont le personnel ne puisse changer : si, dans l'intervalle d'une assemblée à l'autre, des parents ou alliés plus proches que ceux qui, jusqu'alors, avaient composé le conseil, étaient venus se fixer sur les lieux, nul doute que le juge de paix devrait les appeler de préférence. (Demolombe, nos 277 et 278.)

Nous excepterons le cas où une affaire serait commencée : il faudrait alors, pour la terminer, composer le conseil de la même manière.

407 — Le conseil de famille sera composé, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés, pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne.

Le parent sera préféré à l'allié du même degré; et, parmi les parents de même degré, le plus âgé à celui qui le sera le moins.

= La loi pose dans cet article une règle générale sur l'organisation du conseil de famille; puis elle détermine dans les articles suivants les modifications que cette règle peut subir.

En principe, le conseil de famille doit être composé :

1° Du juge de paix du canton où la tutelle s'est ouverte; il est membre nécessaire et président du conseil de famille ;

2° De six parents ou alliés du mineur choisis par le juge de paix, sauf les exceptions qui résultent de l'article 408.

La loi détermine ce nombre, afin que l'on puisse prendre les membres du conseil ; moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, et prévenir par ce moyen l'influence d'une ligne sur l'autre. — Par suite, il faut admettre que les parents germains peuvent être appelés à représenter l'une ou l'autre ligne (toujours, bien entendu, suivant l'ordre de proximité), puisqu'ils sont à la fois parents paternels et parents maternels.

Régulièrement, le juge de paix doit choisir parmi les parents ou alliés les plus proches : néanmoins, en vue d'éviter un retard dans la délibération, et surtout d'épargner des frais de voyage, frais qui retomberaient en définitive sur le mineur, la loi décide que les parents ou alliés qui se trouvent sur les lieux ou dans la distance de 2 myriamètres (4 lieues anciennes) seront seuls appelés.

Ces motifs étant les seuls qui aient fait écarter les parents domiciliés à une plus grande distance, il semble rationnel de décider que le juge de paix ne peut remplacer ceux qui offrent de venir à leurs frais, à moins qu'il ne doive résulter de cette intervention un retard préjudiciable au mineur. — Quoi qu'il en soit, on s'accorde à considérer le juge de paix comme arbitre souverain en pareille matière, et nous devons reconnaître que le texte est favorable à cette opinion : « Ce magistrat *pourra*....., » porte l'article 410; donc, il s'agit pour lui d'une pure faculté (1).

La loi veut que le parent soit préféré à l'allié au même degré, parce que le lien naturel est plus étroit que le lien purement civil.

Mais observons que le parent ne l'emporte sur l'allié qu'à égalité de degré ; hors ce cas, la règle générale reprend son empire : ainsi, l'allié au deuxième degré (p. 161 et 162) viendrait de préférence aux parents du troisième degré.

Lorsqu'il y a concurrence entre plusieurs parents ou plusieurs alliés au même degré, l'âge détermine l'ordre de la vocation.

Quant aux amis, c'est-à-dire, aux personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié soit avec les père et mère du mineur, soit avec l'individu lui-même, en cas d'interdiction, ils ne sont appelés, ainsi que nous le verrons dans les articles suivants, qu'à défaut de parents ou alliés en nombre suffisant pour composer le conseil de famille (2).

Les parents ou alliés peuvent être convoqués, bien qu'ils ne soient point domiciliés dans la distance que la loi détermine, par cela seul qu'ils se trouvent momentanément sur les lieux : la loi ne parle point

(1) Demolombe, n° 274; Dur., n° 462; — Rouen, 27 novembre 1816, Dev. Pal.

(2) Angers, 29 mars 1821, Dev. Pal.

du domicile. — En établissant une limitation à raison des distances, son but principal a été, nous le répétons, d'éviter des déplacements, et, par suite, d'épargner des frais (1).

Le conseil de famille d'un enfant naturel ne peut se composer de parents, puisque cet enfant n'a point de famille ; le juge de paix choisit alors des amis du père ou de la mère (2), et, à leur défaut, des personnes connues de lui.

Au surplus, nous ne saurions trop le répéter, l'inobservation des règles prescrites sur l'organisation du conseil de famille n'emporte nullité qu'autant que les vices sont substantiels : tel serait, par exemple, le cas où la délibération aurait été prise hors la présence du président ; celui où le conseil n'aurait pas réuni le nombre de membres prescrit (3) ; celui où le procès-verbal constaterait que le juge de paix a refusé de voter (4). — Mais nous ne verrions pas de nullité radicale dans l'infraction à la règle qui appelle le parent ou allié le plus proche, de préférence au plus éloigné (5).

Les tribunaux saisis de la demande en nullité doivent prononcer eu égard au plus grand intérêt du mineur (6) et à la bonne foi du tiers qui a traité avec le tuteur ; en vertu de cette autorisation (7), leur pouvoir est discrétionnaire.

— L'alliance continue-t-elle de subsister, malgré le décès de l'époux qui la produisait ? « Les affins, disait Pothier, Traité des personnes, part. 1re, t. 6, sect. 4, § 2, sont ceux qui ont épousé une parente du mineur, laquelle est vivante ou dont ils ont des enfants. » Point de difficultés à cet égard. — Mais peut-on admettre que l'alliance continue, bien qu'il n'existe pas d'enfants ? Ici les opinions se divisent. Les jurisconsultes romains, disent quelques auteurs, ne reconnaissent point d'alliés après la dissolution du mariage qui avait formé l'alliance. Cette règle a été modifiée par notre ancienne jurisprudence, mais pour le cas seulement où il existerait des enfants du mariage : or, on ne peut supposer que les auteurs du Code aient entendu l'alliance autrement. — Les art. 206 C. civ., 283 et 378 Pr. présentent d'ailleurs de puissants arguments de textes : il résulte du premier que la

(1) Locré, p. 90; Delv., p. 100, n° 8; Zach., p. 189; Demolombe, n° 277.

(2) Merlin, v° Tutelle, sect. 2, § 2, art. 3, n° 7; — Cass., 3 septembre 1806 et 7 juin 1820, Dev. Pal.

(3) Agen, 26 mars 1810, Pal. Dev.

(4) Delv., p. 111, t. 1er; Toullier, t. 2, p. 328 et 354; Favard, v° Tutelle, § 4 ; — Bordeaux, 21 juillet 1808 ; Metz, 6 août 1818, Dev. Pal.

(5) Toullier, t. 2, n° 1119; — Cass., 30 avril 1834, D., 34, 1, 340; S., 34, 1, 444; 10 août 1815, D., t. 12, p. 717, n° 2, et autres arrêts; Grenoble, 4 juin 1836; Paris, 15 octobre 1836, D., 37, 2, 121. *Voy.* cep. Zach., p. 189; Rouen, 7 avril 1827, D., 33, 2, 154; Lyon, 15 février 1812, D., t. 12, p. 712, et autres arrêts; Colmar, 27 avril 1813; Angers, 29 mars 1821; Toulouse, 3 juin 1829; Cass., 22 juillet 1807, S., 7, 1, 130 et 136; 30 avril 1834, S., 34, 1, 444

(6) Colmar, 14 février 1840, Pal., 1841, 1, 612; Douai, 1er août 1838, Pal., 1840, 1 645; Cass., 5 avril 1838, Pal., 1838, 1, 215 et 451; 12 mars 1839, Pal., 1839, 1, 525; Agen, 18 février 1841, Pal., 1841, 1, 649; Aix, 3 février 1832; Toulouse, 1er février 1827; Riom, 25 novembre 1828, Pal. Dev.; Grenoble, 4 juin 1836; Rennes, 2 février 1835; Montpellier, 12 mars 1833, Pal.; Aix, 19 mai 1837, Pal.; 30 novembre 1837, Pal., 1837, 2, 105 et 186; Lyon, 20 novembre 1837, Pal., 1838, 1, 215.

(7) Rennes, 28 mars 1822; Cass., 10 août 1815, Pal.; Cass., 30 avril 1844, Dev. Pal.

dette d'aliments fondée sur l'alliance cesse par la mort de l'époux qui produisait l'affinité et des enfants issus du mariage; il résulte des deux autres que l'alliance au delà du deuxième degré, en ligne collatérale, est considérée comme rompue lorsque l'époux qui a formé le lien et les enfants issus du mariage sont décédés (1). » Néanmoins, il est généralement admis aujourd'hui que l'alliance une fois formée, subsiste comme la parenté, malgré les événements qui ont pu survenir ultérieurement. — L'affinité, dit Pothier (part. 2, chap. 3, art. 2, § 1er), est le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints par mariage et les parents de l'autre conjoint. » On conçoit que la charge exorbitante des aliments et les causes de récusation ou de reproche aient dû être renfermées dans des limites étroites; mais, lorsqu'il s'agit de composer un conseil de famille, on ne voit pas de raison pour entendre le mot allié dans ce sens restrictif. D'ailleurs cette image de la parenté que l'alliance a produite, quelque affaiblie qu'elle soit, doit être prise en considération, alors que l'on fait entrer, au besoin, dans le conseil de famille, les amis des père et mère du mineur. » — Rappelons-nous que le mot *allié* est pris dans l'acception large que nous venons d'indiquer, lorsqu'il s'agit d'un empêchement au mariage : la règle ne peut être différente en matière de tutelle. — Ainsi un beau-frère, bien que veuf sans enfants, devra être convoqué de préférence à un ami (2).

408 — Les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines sont seuls exceptés de la limitation de nombre posée en l'article précédent (3).

S'ils sont six, ou au delà, ils seront tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront seuls, avec les veuves d'ascendants et les ascendants valablement excusés, s'il y en a (4).

S'ils sont en nombre inférieur, les autres parents ne seront appelés que pour compléter le conseil.

= La loi établit, pour les frères germains, une exception à la règle qui limite à six le nombre des membres appelés à composer le conseil de famille; c'est là un effet du double lien : nul d'entre eux ne doit avoir de préférence exclusive sur les autres ; on présume qu'ils sont animés au même dégré du sentiment de leur devoir (5).

(1) Delv., p. 106, n° 4; Dur., n° 459; — Cass., 16 juillet 1810, Dev. Pal.

(2) Demolombe, n° 255; Duvergier sur Toullier, t. 2, n° 1112; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 315; Encyclop., v° Conseil de famille, n° 271; Zach., p. 189; Favard, v° Tutelle, § 4, n° 2; Magnin, t. 1er, nos 321 et 327; — Cass., 24 février 1825, 16 juillet 1810; Bruxelles, 11 juin 1812, Dev. Pal.

(3) Les frères germains sont les individus issus du même père et de la même mere. La loi les distingue des frères consanguins, lesquels n'ont de commun que le père; et des frères utérins, lesquels n'ont de commun que la mère. — Les frères germains sont parents *paternels* et *maternels* tout à la fois; les frères *utérins* sont parents *maternels;* les frères *consanguins* sont parents *paternels.*

(4) C'est-à-dire les *ascendantes veuves :* les termes du Code pourraient faire croire que la belle-mère est appelée à faire partie du conseil de famille; ce qui serait contraire à l'article 442, qui exclut en général les femmes de la tutelle. Il s'agit des ascendantes mêmes du mineur.

(5) Cass., 16 juillet 1810 et 10 avril 1815, Dev. Pal.

Cette exception est étendue aux sœurs germaines ; mais comme les femmes sont, en principe, exclues du conseil de famille (442), leurs maris les remplacent. Si elles étaient filles ou veuves, on ne les convoquerait pas. — La position des sœurs germaines diffère, sous ce rapport, de celle de la mère et des ascendantes veuves (442), lesquelles ne sont personnellement appelées que pendant leur veuvage. — Si elles s'étaient remariées, ce seraient leurs nouveaux maris qui les représenteraient au conseil. (Arg. des art. 408, 442, 1428.)

Les frères germains et les maris des sœurs germaines sont formellement déclarés, par le deuxième alinéa de notre article, membres nécessaires du conseil de famille. — S'ils sont six, ou au delà, ils composent seuls le conseil ; — s'ils sont moins de six, on appelle des parents plus éloignés pour compléter ce nombre, mais toujours en ayant soin d'éviter toute prépondérance d'une ligne sur l'autre : par exemple, si le mineur a quatre frères germains, on prendra un parent de la ligne paternelle et un parent de la ligne maternelle. — Mais, s'ils sont au nombre de cinq, il faudra bien alors choisir dans l'une ou l'autre ligne, nonobstant les inconvénients qui pourraient en résulter.

Point de difficultés jusqu'ici : mais que déciderons-nous à l'égard des ascendants et des ascendantes veuves? doit-on les considérer comme membres nécessaires, ou seulement comme membres honoraires? Le doute vient de l'ambiguïté du texte : en effet, après avoir établi, dans le premier alinéa de l'article 408, en faveur des frères germains et des maris des sœurs germaines, une exception qui ne semble faite que pour eux, le législateur étend cette exception aux ascendants *valablement excusés* et aux *ascendantes veuves;* puis, dans le troisième alinéa, il n'est plus question des ascendants. Les mots : *s'ils sont en nombre inférieur*, semblent même se rapporter uniquement aux personnes dont il est parlé dans le premier alinéa.

Écartons d'abord un premier point, car il n'est pas sérieux. — Dans le deuxième alinéa de l'article 408, il est question des ascendants *valablement excusés* de la tutelle : est-ce à dire que l'on doive écarter du conseil de famille ceux qui n'ont pas eu à faire valoir d'excuse, position qui se présente, par exemple, si la tutelle a été conférée par testament, ou si elle appartient soit au survivant des père et mère, soit à tout autre ascendant? Telle n'a pu être la pensée du législateur : s'il a parlé des *ascendants excusés*, c'est uniquement parce qu'on aurait pu penser qu'après s'être fait excuser de la tutelle, ils cessaient de faire partie du conseil de famille : mais il n'a pas eu à se préoccuper des ascendants *non excusés;* il n'existait aucune raison pour les exclure, puisque le doute ne pouvait naître à leur égard.—Ces mots: *ascendants valablement excusés*, doivent être entendus comme s'il était dit : *quoique* valablement excusés (1).

Revenons à notre question principale : celle de savoir si les ascendantes veuves et les ascendants valablement excusés font partie, comme

(1) Valette sur Proudhon, p. 312.

les frères germains et les maris des sœurs germaines, du nombre des six membres qui doivent composer le conseil de famille. Quelques auteurs se prononcent formellement pour la négative : aux yeux de la loi, disent-ils, « les ascendantes veuves et les ascendants qui ont eu besoin de se faire excuser de la tutelle, ne peuvent présenter assez de garantie d'activité, d'attention d'esprit et d'assiduité aux séances du conseil, pour qu'on puisse les comprendre dans le nombre des membres nécessaires (Valette, p. 312; Fenet, t. 10, p. 656).—L'article 408 est conçu dans cet esprit; l'alinéa 1er porte : « Les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines sont seuls exceptés de la limitation de nombre posée en l'article précédent. » — L'alinéa 2 commence par ces mots : « *S'ils sont six, ou au delà*, ils seront tous membres du conseil de famille qu'ils composeront *seuls*... » — Enfin, on lit dans le 3e alinéa : « *S'ils sont en nombre inférieur*...,» phrase qui se rapporte *directement*, comme celle du deuxième alinéa, au premier alinéa, lequel parle seulement des frères germains et des maris des sœurs germaines; tandis qu'il n'est fait mention des ascendants et des ascendantes que dans une phrase incidente. Ainsi, dans cette opinion, les ascendantes veuves et les ascendants *excusés* ne sont pas membres nécessaires; ils ne sont appelés au conseil que par déférence; ils pourraient s'abstenir, sans s'exposer à l'amende prononcée par l'article 413 contre les membres légalement convoqués qui ne comparaissent pas (1).

Suivant une autre opinion, les ascendants *excusés* et les ascendantes veuves doivent être *nécessairement appelés*, sous peine de nullité de la délibération; mais ils ne sont pas comptés dans le nombre des six parents ou amis qui doivent composer le conseil de famille : libre à eux de ne pas assister aux réunions; on ne peut les frapper d'une amende (2). — Ce dernier système repose sur une évidente contradiction : si les ascendants sont dispensés d'assister aux réunions, comment admettre qu'il y ait nullité si le juge de paix a négligé de les convoquer? Pas de terme moyen : ils sont membres nécessaires, ou seulement membres honoraires.

Le premier système seul mérite un sérieux examen; car il s'appuie sur un texte en apparence formel. Loin de croire que les ascendants excusés et les ascendantes veuves ne soient appelés, ou plutôt tolérés que par déférence, il nous paraît évident qu'on doit les placer sur la même ligne que les frères germains; que ces mots du premier alinéa : *seront seuls exceptés de la limitation de nombre posée en l'article précédent*, ne doivent pas être pris à la lettre. — Recherchons dans les travaux préparatoires le véritable sens de la loi : suivant le projet originaire, les frères germains et les maris des sœurs germaines étaient seuls appelés comme membres nécessaires du conseil de famille : —le tribunat fit observer qu'on avait oublié de parler des ascendants;—la section de législation, au lieu de refondre l'article en totalité, s'est contentée

(1) Encyclop., v° Conseil de famille, n° 25; Toullier, n° 111; Zach., p. 190, Dev. Pal.; — Colmar, 27 avril 1813.

(2) Toulouse, 3 juin 1809; Colmar, 27 mars 1813, Dev. Pal.

d'ajouter au deuxième alinéa les mots : « *avec les veuves d'ascendants*, etc.,» sans remarquer qu'ils détruisaient l'harmonie de cette disposition. — Quoi qu'il en soit, la pensée du législateur n'est pas douteuse. — Le système que nous combattons aurait d'ailleurs pour résultat de placer la loi en contradiction avec elle-même : ne serait-il pas étrange, en effet, qu'après avoir déféré aux ascendants la tutelle légitime, on les déclarât incapables de faire partie du conseil de famille, qu'on leur eût donné sous ce rapport moins d'importance qu'aux frères germains?

Tenons donc pour principes :

1° Que les ascendantes veuves et les ascendants, *excusés* ou non, sont exceptés, comme les frères germains, de la limitation du nombre légal ;

2° Qu'ils sont membres nécessaires du conseil de famille, et qu'ils doivent, à ce titre, assister aux assemblées comme les frères germains et les maris des sœurs germaines ;

3° Qu'il n'y a pas lieu d'appeler d'autres parents ou alliés, lorsque les ascendants ou ascendantes, réunis aux frères germains et aux maris des sœurs germaines, sont en nombre suffisant pour compléter le conseil (1);

4° Enfin, qu'ils encourent l'amende, comme tous autres membres du conseil de famille, en cas de non-comparution.

Il nous reste à faire observer que si la loi déroge, pour les ascendants et pour les frères germains, à la règle établie par l'article 406, sur la limitation du nombre de membres qui doivent composer le conseil, elle maintient, par son silence, la règle posée par l'article 407 sur la circonscription en dehors de laquelle il n'y a plus lieu de les convoquer.

— Les neveux enfants de frères germains doivent-ils être appelés au conseil de famille? ⇒ Ils comptent pour les deux lignes. (Delv., p. 119, n° 70; — Rouen, 26 juillet 1810, D., t. 12, p. 716, 2, 21; 18 août 1809; Cass., 16 juillet 1810, Dev. Pal.)

409 — Lorsque les parents ou alliés de l'une ou de l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant sur les lieux, ou dans la distance désignée par l'article 407, le juge de paix appellera, soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit, dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur.

=Les parents ou alliés doivent être pris en nombre égal dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle : si donc il ne se trouve pas, dans l'une des deux lignes, assez de parents ou alliés pour compléter le nombre que chaque ligne doit fournir, on ne peut choisir des parents ou alliés de l'autre ligne ; le juge de paix doit compléter le conseil en

(1) Proudhon et Valette, t. 2, p. 310; Duvergier sur Toullier, n° 111; Dur., n°s 45 et 460; Demolombe, n°s 263 et suiv.

y appelant, à son choix (1), soit des parents ou alliés domiciliés à plus de deux myriamètres, soit, dans la commune même, des personnes connues pour avoir eu des relations *habituelles* d'amitié avec les père et mère du mineur, ou avec l'intéressé lui-même, lorsque le conseil de famille est convoqué en matière d'interdiction : si c'est la ligne paternelle qui n'a pas assez de parents, il appellera des amis du père; si c'est la ligne maternelle, il choisira des amis de la mère. Cette distinction nous paraît conforme à l'esprit de la loi. (Demolombe, n° 268.)

Mais il ne pourrait appeler des amis domiciliés hors de la commune où le conseil s'assemble; car l'amitié n'impose pas des devoirs aussi étendus que les liens du sang.

L'article 409 procure le moyen de former, en ce qui concerne les enfants naturels, un conseil de famille composé d'amis, qui veillera sur leur personne et sur la gestion du tuteur qu'il aura désigné.

410 — Le juge de paix pourra, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou alliés, permettre de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de mêmes degrés que les parents ou alliés présents ; de manière toutefois que cela s'opère en retranchant quelques-uns de ces derniers, et sans excéder le nombre réglé par les précédents articles.

=A quelque distance que se trouvent les parents ou alliés *plus proches* ou *égaux* en degrés (2), le juge de paix peut les appeler, s'il pense que leur avis puisse être plus utile aux intérêts de l'enfant que celui des parents qui se trouvent sur les lieux.— En ce cas, le nombre de ces derniers doit être réduit (à moins qu'ils ne soient tous frères germains ou maris de sœurs germaines) (408), de manière que les membres du conseil de famille n'excèdent pas le nombre fixé par l'art. 407.

Mais le juge de paix ne pourrait appeler des parents d'un degré plus éloigné, pour les substituer à des parents plus proches; ou un ami, pour le substituer à un allié domicilié dans le rayon de deux myriamètres : agir autrement, ce serait faire une injure grave aux parents ou alliés qui se trouveraient sur les lieux : l'article doit être interprété dans un sens restrictif. — Sans doute le juge de paix est arbitre de la composition du conseil de famille, mais son pouvoir ne va pas jusque-là (3).

Observons surtout que la loi ne prétend pas imposer une obligation au juge de paix, mais bien lui accorder une simple faculté; que des parents plus proches, mais domiciliés hors du rayon déterminé, ne

(1) Besançon, 9 avril 1808. *Voy.* cep. Besançon, 26 août 1808, Dev. Pal.
(2) Rouen, 29 novembre 1816, Dev. Pal.
(3) Cass., 22 juillet 1807, Dev. Pal. *Voy.* cep. Aix, 19 mars 1835, D. 1835, 2, 166; — Cass. 30 avril 1834, S., 1, 444, Pal.

pourraient exiger qu'on les admît au conseil, à moins qu'ils n'offrissent de faire le voyage à leurs frais, et qu'il ne dût résulter de leur concours aucun retard préjudiciable au mineur (*voy.* art. 407) (1).

Formes de la délibération du conseil de famille.

415 — Cette assemblée se tiendra de plein droit chez le juge de paix, à moins qu'il ne désigne lui-même un autre local. La présence des trois quarts au moins de ses membres convoqués sera nécessaire pour qu'elle délibère.

= Le juge de paix est président-né du conseil de famille; en cas d'empêchement, il peut se faire remplacer par un suppléant : — l'assemblée se tient de plein droit chez lui; par conséquent, s'il choisit un autre local, par exemple une des salles de la justice de paix, l'exploit doit en faire mention.

La présence des trois quarts des membres *convoqués* est de rigueur pour que l'assemblée puisse se constituer; il ne suffirait donc pas qu'une délibération eût été prise à l'unanimité des membres présents, s'ils ne formaient pas les trois quarts des membres convoqués (2).

Ainsi, dans les cas ordinaires où l'assemblée est composée de six membres, comme on ne peut prendre exactement les trois quarts de six, la présence de cinq membres est de rigueur.—Il en faut six lorsque sept ou huit membres ont été appelés par suite de la présence des frères germains ou des maris des sœurs germaines, etc. : en effet, quatre ne forment pas plus les trois quarts de six, que cinq les trois quarts de sept.

Si l'un des membres du conseil refuse de prendre part au vote, on passe outre : la loi, en effet, n'exige pas que les membres convoqués délibèrent; mais seulement, qu'ils aient pu prendre part à la délibération, qu'ils aient été présents (3).

Il va de soi qu'on ne doit pas compter les personnes convoquées qui se sont retirées après avoir présenté une excuse, puisqu'elles n'ont pas assisté à la délibération (4).

Le juge de paix n'est pas compris dans la supputation des trois quarts des membres dont la présence est exigée; il vient en sus du nombre. —En vue de prévenir toute méprise à cet égard, la loi a pris soin d'em-

(1) Besançon, 9 avril 1808, 26 août 1808; Angers, 29 mai 1821, Dev. Pal. *Voy.* cep. Rouen, 29 novembre 1816.

(2) Bruxelles, 15 mars 1806, Dev. Pal.; — Dur., n° 456.

(3) Demolombe, n°s 504 et 505; Encyclop., v° Conseil de famille, sect. 3, n° 68;— Bruxelles, 15 mars 1806; Cass., 10 décembre 1838, Dev. Pal.

(4) Agen, 26 mars 1810; Rennes, 9 février 1813, Dev. Pal.—*Voy.* cep. Dur, t. 3. n° 465, et Bordeaux, 1825. Dev. Pal.

ployer l'expression *convoqué :* ce magistrat, en effet, n'est pas convoqué ; il est désigné par la loi comme devant présider le conseil : c'est lui qui convoque les autres.

Les fonctions du juge de paix ne sont pas bornées à la rédaction du procès-verbal des délibérations ; membre de l'assemblée qu'il préside, il doit à ce titre discuter et voter (1).

Déjà nous avons eu occasion de faire observer que l'article 8 du Code de procédure, relatif à la publicité des audiences, n'est pas applicable en matière de délibération du conseil de famille.

— *Quid* si cinq membres seulement ont été convoqués : la délibération du conseil de famille est-elle valable? — Elle est nulle encore que tous aient pris part à la délibération (2).

416 — Le conseil de famille sera présidé par le juge de paix, qui y aura voix délibérative, et prépondérante (3) en cas de partage (4).

= La règle qui accorde au juge de paix voix prépondérante paraît arbitraire, si l'on considère que ce magistrat n'est, en définitive, qu'un étranger pour la famille ; mais elle se justifie par la nécessité de prévenir tout retard dans la délibération.

Le partage s'entend naturellement du cas où plusieurs opinions se sont formées : mais est-ce la majorité absolue que la loi requiert dans la délibération du conseil de famille, ou suffit-il que la majorité relative ait été obtenue?

Les auteurs qui professent cette dernière opinion se fondent sur trois considérations :

1° Il importe de hâter autant que possible toute décision qui intéresse le mineur : or, exiger la majorité absolue, ce serait donner lieu à des difficultés et souvent à des retards ;

2° La loi parle du partage en général, sans distinguer s'il se forme deux opinions ou un plus grand nombre ;

3° Enfin, la prépondérance doit s'entendre d'une voix qui ait plus d'autorité que les autres ; ces termes de la loi : voix *délibérative* et *pré-*

(1) Bordeaux, 21 juillet 1808, Dev. Pal.; Lyon, 13 mars 1845 ; Grenoble, 18 décembre 1845, Dev., 1846, 2, 429.

(2) Dur., n° 465, note ; — Rouen, 7 avril 1827, Dev. Pal.

(3) Quelques personnes placent la virgule après le mot *prépondérante;* elles entendent l'article en ce sens, que le juge de paix n'a voix délibérative que dans le cas de partage ; elles font rapporter les mots : *en cas de partage*, aux deux adjectifs.

(4) La voix *délibérative* confère le droit de suffrage. — La voix *consultative* donne seulement le droit d'émettre un avis pour éclairer la discussion, mais sans que cet avis puisse compter dans la délibération. — La voix *prépondérante* est celle qui, dans un partage d'opinions, fait pencher la balance.

En matière de *tutelle*, les membres de l'assemblée ont toujours voix délibérative ; — en matière d'*interdiction*, certains membres admis au conseil peuvent ne pas avoir voix délibérativ (*voy.* 495).

pondérante, sont évidemment employés dans cette pensée : or, lorsque deux opinions seulement se sont partagé les voix, il est clair que celle du juge de paix fera pencher la balance; mais alors ce ne sera là que l'effet d'une voix ordinaire, et non celui de la prépondérance. — Un exemple rendra cette théorie plus sensible :

Le conseil de famille est appelé à nommer un tuteur : trois des six parents convoqués ont donné leur voix à un candidat, deux autres à un deuxième, et le sixième à un troisième ; le deuxième obtient celle du juge de paix : il sera élu ; car le suffrage de ce magistrat, membre délibérant, complétera d'abord les trois voix nécessaires pour établir le partage, et, de plus, il fera pencher la balance au moyen de la prépondérance (1).

Quoi qu'il en soit, nous admettrons, avec la plupart des auteurs, que le mot *partage* reçoit, dans l'article 416 C. civ., le sens qui lui est donné dans les articles 116 et 117 Pr. ; en d'autres termes, que les décisions du conseil de famille ne peuvent être prises qu'à la *majorité absolue* (2) : telle est l'acception naturelle de ce mot, lorsqu'il est employé sans addition explicative.

Mais alors, objectera-t-on, à quoi bon donner au juge de paix voix délibérative et *prépondérante?* Le législateur suppose le cas où les trois quarts seulement des membres convoqués seraient présents ; le cas où, l'assemblée se trouvant en nombre impair, l'une des opinions réunirait trois voix et l'autre deux : dans cet état de choses, celle-ci l'emportera, si le juge de paix l'adopte, car la voix de ce magistrat opérera le partage, et, de plus, elle fera pencher la balance.

S'il y avait, par exemple, une voix de plus du côté opposé (quatre voix), son vote ne ferait pas triompher l'opinion de la minorité; car le partage n'existant pas, il n'y aurait pas lieu à prépondérance (3).

Si les voix se sont réparties inégalement sur plus de deux opinions, c'est-à-dire, s'il s'est formé deux avis qui aient chacun la majorité relative par rapport au troisième, les membres de la fraction la plus faible doivent se réunir à l'une des deux autres (116 et 117 Pr.) : on obtiendra, par ce moyen, la majorité absolue (4).

Mais que décider si toutes les voix se partagent également, ou si les membres de la minorité la plus faible refusent de se rallier à l'une des deux autres opinions? Cette difficulté ne peut naître devant les tribunaux ordinaires, car la loi prescrit formellement aux magistrats plus faibles en nombre, d'adopter l'une des opinions qui a réuni le plus de

(1) Toullier, t. 2, n° 1121; Proudhon, t. 2, p. 181 et 323; Zach., t. 1er, p. 95; Locré, p. 108, t. 6.

(2) La majorité est *absolue*, lorsqu'une opinion réunit à elle seule plus de voix que toutes les autres ensemble. — Elle est *relative* lorsqu'une opinion réunit plus de voix que chacune des deux autres prise isolément.

(3) Dur., n° 466; Delv., p. 112, nos 5 et 6; Duvergier sur Toullier, t. 2, n° 1121; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 323; Rolland, vo Conseil de famille, n° 16; Encyclop., vo Conseil de famille; Demolombe, nos 312 et suiv.; Favard, vo Tutelle, § 4, n° 6; — Metz 16 février 1812, Dev. Pal.; Dalloz, t. 12, p. 719; Aix, 10 mars 1840, Dev., 1840, 2, 46.

(4) Dall., p. 112, n° 6; Valette sur Proudhon, p. 323.

suffrages, après que les voix ont été recueillies une seconde fois (117 Pr.). — Mais elle existe réellement, quand il s'agit des délibérations du conseil de famille, et les textes n'offrent aucun moyen de solution. — Duranton, n° 466, pense que le tuteur doit alors être nommé par le juge de paix, conformément à une disposition du projet qui n'a point passé dans la rédaction définitive; disposition ainsi conçue : « En cas de partage, et si le conseil de famille ne peut s'accorder sur le choix du départageant, le tuteur sera nommé par le juge de paix. » Mais c'est là faire la loi. — D'autres décident, par argument de l'article 118 Pr., qu'il y a lieu d'appeler un nouveau membre, parent, allié ou ami, au choix du juge de paix. Cette opinion n'est pas mieux fondée que la précédente; car si l'on a donné voix prépondérante au juge de paix, c'est précisément pour éviter l'appel d'un nouveau membre.

Il nous paraît plus rationnel de laisser au tribunal le soin de prescrire telle mesure qu'il jugera utile aux intérêts du mineur (arg. de l'article 883 Pr.; Demolombe, n° 317).

Aux termes de l'article 883 Pr., lorsque les délibérations ne sont pas unanimes, l'avis de chacun des membres du conseil doit être mentionné au procès-verbal.—Toutefois, l'énonciation des motifs n'est pas prescrite (1).

Le tuteur, le subrogé tuteur, le curateur, les membres de l'assemblée et tous autres intéressés peuvent se pourvoir contre la délibération; ils formeront leur demande contre les membres qui auront été d'avis de la délibération, sans qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation (884 Pr.).

Quoique régulières en la forme, les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées quant au fond, lorsqu'elles sont contraires aux intérêts du mineur, qu'elles aient été prises à l'unanimité ou à la simple majorité.

La demande en annulation doit être portée devant le tribunal de première instance du lieu où le conseil de famille s'est réuni. — La procédure est toujours sommaire (884, 889 Pr.); le juge de paix ne peut jamais être mis en cause (2).

SECTION V.

DU SUBROGÉ TUTEUR (3).

Le subrogé tuteur est à la fois, pour le tuteur, un surveillant et un

(1) Demolombe, n° 319; Zach., t 1er, p. 195; Encyclop., v° Conseil de famille, n° 91; — Cass., 17 novembre 1813; Paris, 11 décembre 1821; Toulouse, 5 juin 1829, Dev. Pal.

(2) Pigeau, t. 2, p. 375 et suiv.; Delv., t. 1er, p. 281; — Cass, 29 juillet 1812. Dev. Pal.

(3) La subrogée tutelle doit son origine au droit coutumier, lequel prescrivait, dans les gardes nobles et bourgeoises, la nomination d'un curateur pour surveiller les actes du gardien.

censeur; hors le cas prévu par l'article 393, il est toujours nommé par le conseil de famille.

La nomination du subrogé tuteur a lieu immédiatement après celle du tuteur, lorsque la tutelle est dative; — si elle est légitime ou testamentaire, le tuteur doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer à cet effet le conseil de famille (421 et 422).

On peut appeler aux fonctions de subrogé tuteur tous ceux qui sont capables d'être nommés tuteurs, sans même excepter la mère qui a renoncé à la tutelle, ou les ascendantes. (Arg. des art. 426 et 442 C. civ.)

Le subrogé tuteur a pour mission :

1° De surveiller l'administration du tuteur : à ce titre, il doit provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, lorsque la tutelle devient vacante, ou lorsqu'elle est abandonnée par absence (424); faire convoquer le conseil de famille, toutes les fois qu'il y a lieu de délibérer sur la destitution du tuteur (436); poursuivre l'homologation de la délibération relative à la destitution, et répondre, même en appel, au tuteur destitué qui veut se faire déclarer maintenu dans la tutelle (448), assister à tous les actes qui ont pour but la constatation de la fortune du mineur (451, 453, 459); contrôler les opérations du tuteur (470); enfin, la loi le charge, sous sa responsabilité personnelle (2137), de faire inscrire l'hypothèque légale qui frappe les biens du tuteur; — sa mission de surveillance s'étend à toute l'administration du tuteur; elle est permanente;

2° De prendre fait et cause pour le mineur, lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur : ce qui a lieu, par exemple, lorsque le tuteur et le pupille se trouvent intéressés dans une même succession, lorsqu'il s'agit de vérifier un compte de tutelle, lorsqu'un procès existe entre eux, ou lorsqu'ils doivent contracter ensemble. — Hors ces cas, le subrogé tuteur n'est pas admis à prendre lui-même des mesures d'administration; il ne peut que les provoquer; car c'est le tuteur seul qui administre (450).

Par suite de ces principes, il a été jugé que la non présence du subrogé tuteur à une délibération ne serait une cause de nullité qu'autant que les intérêts du mineurs se trouveraient en opposition avec ceux du tuteur (1).

Les biens du subrogé tuteur ne sont pas soumis à l'hypothèque légale du mineur, quand même il aurait momentanément géré la tutelle; un simple fait ne saurait créer un droit aussi exorbitant. — Objecterait-on que le subrogé tuteur est alors devenu véritablement tuteur (2) : erreur; en définitive, il s'est borné à faire un acte qui rentrait dans sa mission. — S'il ne s'agissait pas d'un acte de gestion accidentelle, nous serions néanmoins disposé à le déclarer soumis à l'hypothèque légale (3).

(1) Grenoble, 14 juin 1836, D., 37, 2, 121, Pal.

(2) Zach., t. 1er, p. 238; Dev., 1844, 2, 153, note 1re.

(3) Demolombe, n° 390; — Paris, 19 avril 1823; Grenoble, 26 juillet 1828, Dev. Pal.

Il n'est pas responsable de la mauvaise administration du tuteur, quand même il aurait manqué de vigilance : nous excepterons toutefois le cas de dol ou de faute lourde (1382 et 1383)(1), et celui où des obligations lui sont imposées par la loi sous peine de dommages-intérêts. (Comp., art. 424, 1442, 2137 C. civ., 444 Pr.) (2).

La subrogée tutelle n'est qu'un accessoire de la tutelle principale; il suit de là que les fonctions du subrogé tuteur cessent en même temps que la tutelle (425); que le subrogé tuteur ne remplace pas de plein droit le tuteur, et qu'il doit se borner à prendre des mesures pour que la tutelle ne reste pas vacante (424).

Les causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution énumérées dans les sections 6 et 7, lui sont applicables.

420 — Dans toute tutelle il y aura un subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille.

Ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur.

= Dans toute tutelle, légitime, testamentaire ou dative, il doit être nommé un subrogé tuteur; la loi ne distingue pas (*voy.* art. 365). — S'il y a un protuteur, il faudra nommer, outre le subrogé tuteur, un subrogé protuteur (*voy.* cep. Magnin, n° 494).

Cette règle générale ne reçoit d'exception qu'à l'égard des tuteurs *ad hoc*, sorte de mandataires investis de pouvoirs spéciaux, que l'on nomme en certains cas déterminés; il ne leur est point donné de subrogé tuteur : pourquoi? parce que ce tuteur n'est désigné que pour une affaire particulière; parce qu'il n'y a pas là administration : le tribunal sera d'ailleurs le surveillant naturel de ce tuteur, puisque l'affaire paraîtra devant lui.

La subrogée tutelle est *toujours* déférée par le conseil de famille : le survivant des père et mère ne peut la conférer, quoiqu'il ait le droi de faire choix d'un tuteur.

— Le subrogé tuteur peut-il voter dans le conseil qu'il a fait convoquer pour la destitution du tuteur? ⟡ Oui, puisqu'il est membre du conseil de famille. Dans la pratique, il serait d'ailleurs trop facile de éluder la décision contraire : on ferait convoquer d'office le conseil par le juge de paix. — Vainement invoquerait-on contre lui l'article 495 : ceux qui provoquent l'interdiction peuvent être guidés par un intérêt pécuniaire; mais, dans l'espèce, on ne peut concevoir une semblable crainte. (Demolombe, n°s 365 et suiv.)

421 — Lorsque les fonctions du tuteur seront dévolues à une personne de l'une des qualités exprimées aux sections I, II et III du présent chapitre (3), ce tuteur devra, avant d'en-

(1) Toullier, n° 1138; Dur., n° 522; Zach., t. 1er, p. 238 et 239; Chardon, Puiss. pat., p. 441.

(2) Montpellier, 19 janvier 1832, Pal. Dev., 1833, 2, 38; Paris, 1er mai 1807; — Roland, v° Subrogé tuteur, n° 37.

(3) Les sections 1, 2 et 3, dont il est parlé dans cet article, sont relatives à la tutelle naturelle des père et mère, à la tutelle des ascendants et à la tutelle testamentaire.

trer en fonctions, faire convoquer, pour la nomination du subrogé tuteur, un conseil de famille composé comme il est dit dans la section IV.

S'il s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir rempli cette formalité, le conseil de famille, convoqué, soit sur la réquisition des parents, créanciers ou autres parties intéressées, soit d'office par le juge de paix, pourra, s'il y a eu dol de la part du tuteur, lui retirer la tutelle, sans préjudice des indemnités dues au mineur.

= Le tuteur légitime ou testamentaire doit, avant d'entrer en fonctions, provoquer la convocation du conseil de famille pour faire nommer un subrogé tuteur.

Si cette réquisition n'avait pas eu lieu, le conseil de famille, convoqué dans la forme prescrite par l'article 446, pourrait, *en cas de dol*, prononcer la destitution du tuteur; ce qui entraînerait contre lui les déchéances prononcées par l'article 445: mais une erreur ou une simple faute seraient insuffisantes (1). — Le conseil est juge des faits qui caractérisent le dol.

A l'égard des dommages-intérêts, la condamnation ne peut être prononcée que par le tribunal.

La tuteur qui croit avoir à se plaindre de la décision du conseil peut se pourvoir devant le tribunal de première instance (arg. des art. 441 et 448 C. civ., et 883 Pr.).

— Si le tuteur agit contre les tiers avant d'avoir fait nommer un subrogé tuteur, ceux-ci ont-ils qualité pour le faire déclarer non recevable? ∽ Point de difficultés lorsque l'acte est du nombre de ceux que le tuteur a le droit de faire seul : évidemment, le tiers poursuivi ne peut demander qu'un subrogé tuteur soit nommé (2); étranger à tout ce qui se passe dans la famille du tuteur, il n'a point à rechercher si ce dernier, par quelque négligence ou omission, a engagé sa responsabilité : le poursuivant avait qualité; donc le payement fait entre ses mains est valable.—Nous exceptons le cas de collusion frauduleuse, hypothèse toujours réservée (1382).—Mais la fraude ne résulterait pas de ce que le tiers aurait su, en payant, que le tuteur voulait commettre un dol, pourvu, nous le répétons, qu'il n'y eût point participé. — S'il s'agit d'un acte que le tuteur ne peut faire seul, en ce cas, le tiers est fondé à opposer, par voie d'exception, que le poursuivant n'a point qualité (arg. de l'art. 1125) (3).

Un subrogé tuteur doit-il être nommé dans le cas de tutelle officieuse? (*Voyez* art. 36, quest.)

422 — Dans les autres tutelles, la nomination du subrogé tuteur aura lieu immédiatement après celle du tuteur.

(1) Rennes, 18 mai 1829, D., 30, 1, 240; — Cass., 12 mars 1859, Pal., 1859, 1, 324.

(2) Zach., t. 1er, p. 209; — Riom, 1er mars 1817, Dev. Pal.

(3) Demolombe, nos 563 et 564; Delv., p. 115, no 7; — Riom, 1er mars 1817; Cass., 4 juin 1818, Dev. Pal.

= Lorsque la tutelle est dative, la nomination du subrogé tuteur doit avoir lieu immédiatement après celle du tuteur, sans désemparer.

On ne fait choix d'un subrogé tuteur qu'après avoir nommé le tuteur; afin que ce dernier, s'il est membre du conseil de famille, ne puisse participer à l'élection de son surveillant.

423 — En aucun cas le tuteur ne votera pour la nomination du subrogé tuteur, lequel sera pris, hors le cas de frères germains, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point (1).

= Le tuteur, s'il est membre du conseil de famille, ne vote point pour la nomination du subrogé tuteur; il ne convient pas qu'il participe au choix ou à l'exclusion de son surveillant. Nous verrons, art. 426, que la faculté de voter pour son exclusion ou sa destitution lui est également interdite.

La raison veut que le tuteur s'abstienne de voter, non-seulement dans les cas prévus par cet article, mais encore lorsque son intérêt se trouve en opposition avec celui du mineur, et même lorsque le conseil est appelé à lui conférer une simple autorisation. (*V.* toutefois p. 362.)

La loi défend de prendre le subrogé tuteur dans la ligne à laquelle le tuteur appartient: par ce moyen, elle prévient la prééminence d'une ligne sur l'autre (2).

Si donc il n'y a de parents que dans une seule ligne, et que le tuteur ait été choisi parmi eux, le subrogé tuteur doit être pris parmi les amis qui représentent l'autre ligne, sans que la personne qui sera nommée puisse, en vertu des articles 426 et 432 combinés, s'excuser sur ce qu'il existe des parents; ces parents sont écartés par la loi.

Si le tuteur vient à mourir, et que son successeur soit pris dans la ligne à laquelle le subrogé tuteur appartient, il faudra, par les mêmes motifs, nommer un autre subrogé tuteur (3).

La loi établit une exception pour le cas où le tuteur nommé serait frère germain du mineur, parce que les parents de cette classe tenant aux deux lignes, il importe peu que le subrogé tuteur soit pris dans une ligne ou dans l'autre. On n'a point à craindre que la parenté le porte à sacrifier, par un silence complaisant, au profit de son frère tuteur, les intérêts du mineur.

Appliquez cette exception aux frères germains par alliance, c'est-à-dire aux maris des sœurs germaines, lorsque le tuteur est frère germain. — Les alliés sont placés sur la même ligne que les parents.

(1) Mauvaise rédaction : elle pourrait porter à penser que le subrogé tuteur doit nécessairement être pris dans la ligne à laquelle le tuteur n'appartient pas (Bordeaux, 20 août 1811, S., 11, 2, 479); tandis qu'il n'est pas douteux qu'on peut le choisir en dehors des deux lignes. — Tout ce que la loi veut dire, c'est qu'on ne peut prendre le subrogé tuteur dans la ligne du tuteur, et réciproquement.

(2) Bordeaux, 20 août 1811, Dev. Pal.

(3) Magnin, t. 1er, no 563; — Nancy, 14 mars 1836, Dev. Pal.

— Peut-on nommer un étranger pour subrogé tuteur, si le mineur à des parents dans l'une et dans l'autre ligne? ∾ Nous pensons que le conseil de famille jouit, à cet égard, de la plus grande latitude, sauf à l'étranger à s'excuser. L'article 423 est prohibitif; il n'est pas impératif; il ne prononce pas la peine de nullité (1). — La cour de Bordeaux nous semble avoir jugé à tort (le 20 août 1811, Dev. Pal.) que le tuteur devait être nécessairement pris parmi les parents.

Le subrogé tuteur, avons-nous dit, n'a point à s'initier dans l'administration : mais pourrait-il faire des actes conservatoires? ∾ On peut dire que ces sortes d'actes étant commandés par l'urgence, il y aurait souvent de graves inconvénients à les différer; car il ne resterait au mineur qu'un recours en dommages-intérêts, remède extrême et souvent impuissant. — On ajoute que, aux termes de l'article 444 Pr., le jugement obtenu contre le mineur doit être signifié au subrogé tuteur, ce qui lui confère implicitement le droit d'interjeter appel, acte éminemment conservatoire. (Montpellier, 19 janvier 1832, D. 1833, 2, 7, Pal.).∾ Quoi qu'il en soit, le texte n'accorde au subrogé tuteur le droit d'agir que lorsque les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux du tuteur : hors ce cas, il se trouve donc sans pouvoirs.— L'article 444 exige, il est vrai, que le jugement obtenu contre le mineur soit signifié au subrogé tuteur ; mais ce n'est là qu'une mesure de prudence prescrite pour le mettre à même d'exercer plus activement la mission qui lui est confiée (2).

La loi ne parlant que des frères germains, on demande si l'exception qu'elle établit peut être étendue au cas où des parents germains plus éloignés auraient été choisis pour tuteur ou pour subrogé tuteur? ∾ L'article 423 consacre une exception, une disposition restrictive ; par conséquent, il faut nommer pour subrogé tuteur un étranger, conformément à la règle générale, qui ne permet pas que le tuteur et le subrogé tuteur soient liés par la parenté. (Demolombe, n° 370; Valette sur Proudhon.)

Les proches parents du tuteur, par exemple ses frères, peuvent-ils faire partie du conseil qui doit nommer le subrogé tuteur? ∾ La loi ne les exclut pas. (Dur., n° 505, note.)

Le conseil de famille a-t-il le droit de remplacer le subrogé tuteur, s'il reconnaît que celui qui se trouve actuellement en exercice ne convient plus pour surveiller le tuteur? Les textes sont muets sur ce point. ∾ Néanmoins, n'oublions pas qu'avant tout, on doit considérer l'intérêt du mineur ; tel est l'unique objet de la tutelle : il faut, par conséquent, laisser toute latitude au conseil de famille (3).

424 — Le subrogé tuteur ne remplacera pas de plein droit le tuteur, lorsque la tutelle deviendra vacante, ou qu'elle sera abandonnée par absence; mais il devra, en ce cas, sous peine des dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur.

= Lorsque la tutelle devient vacante, le subrogé tuteur ne remplace pas de plein droit le tuteur; car il peut avoir les qualités d'un bon sur-

(1) Demolombe, n° 368; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 300; — Aix, 15 novembre 1843. Dev., 1844, 2, 255.

(2) Demolombe, n°s 372 et suiv.; Boitard, Proc., t. 3, p. 60; Carré, Pr., t. 2, n° 1592; Favard, Rép., v° Appel, sect. 1re, § 2, n° 15; — Riom, 19 janvier 1837. Dev., 1838, 2, 347.

(3) Demolombe, n° 385; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 300.

veillant et ne pas avoir celles d'un bon administrateur : il doit, sans délai, sous peine de tous dommages-intérêts envers le mineur, requérir la convocation du conseil de famille pour faire nommer un nouveau tuteur.

Ce conseil, de même que tous ceux qui sont convoqués pendant la minorité, doit être présidé par le juge paix du canton où la première nomination a eu lieu.

425 — Les fonctions de subrogé tuteur cesseront à la même époque que la tutelle.

= Lorsque la tutelle cesse, la surveillance du subrogé tuteur n'a plus d'objet.

Remarquez les termes de la loi : elle ne dit pas que les fonctions du subrogé tuteur cessent à la même époque que celles du tuteur, mais qu'elles *cessent avec la tutelle*, ce qui est bien différent : en effet, toutes les fois que le tuteur meurt, est excusé ou destitué, il y a lieu de nommer un nouveau tuteur; et cependant, le subrogé tuteur conserve ses fonctions. — Les pouvoirs du subrogé tuteur ne cessent qu'à la majorité, à l'émancipation ou à la mort du pupille : ces causes sont les seules qui entraînent l'extinction de la tutelle. — La cessation des fonctions de tuteur, loin d'anéantir celles du subrogé tuteur, provoquent au contraire de sa part une plus grande vigilance (1).

Cependant, il faut reconnaître au conseil de famille le droit de remplacer le subrogé tuteur, notamment à raison du changement de tuteur : celui qui était bon surveillant de tel individu pourra fort bien ne pas l'être de tel autre. — Si le conseil de famille ne nomme pas un autre subrogé tuteur, c'est qu'il le confirme. — Du reste, le subrogé tuteur non conservé n'est pas destitué, mais révoqué (2).

426 — Les dispositions contenues dans les sections VI et VII du présent chapitre s'appliqueront aux subrogés tuteurs.

Néanmoins le tuteur ne pourra provoquer la destitution du subrogé tuteur, ni voter dans les conseils de famille qui seront convoqués pour cet objet.

= La loi déclare communes aux tuteurs et aux subrogés tuteurs les dispositions des sections 6 et 7 de ce chapitre, relatives aux causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle.

Mais elle refuse au tuteur le droit de provoquer la destitution du subrogé tuteur, et celui de voter dans les conseils de famille convoqués pour cet objet; car il pourrait vouloir se défaire d'un surveillant éclairé.

(1) Dur., n° 520, t. 3; Zach, t. 1er. p. 252; Demolombe, n° 383.

(2) Valette sur Proudhon, p. 300; Delv., t. 1er, p. 115; Toullier, t. 2, n° 1136; Favard, v° Tutelle, § 5, n° 2.

Le subrogé tuteur jouit, au contraire, de l'un et de l'autre droit à l'égard du tuteur, puisque la loi ne l'exclut pas (1). Néanmoins, le devoir des tuteurs serait de provoquer la nomination d'un autre subrogé tuteur, si celui qui est en exercice se trouvait dans un cas de destitution (arg. des articles 426 et 443).

— Les deux causes d'excuse écrites dans les articles 435 et 436 peuvent-elles être invoquées par le subrogé tuteur? ⁂ La loi est conçue en termes généraux et absolus; elle ne fait point de distinction (2).

Hors les cas prévus par les articles 423 et 426, le tuteur a-t-il voix délibérative au conseil? ⁂ En déclarant qu'il ne doit pas voter pour la nomination du subrogé tuteur, l'article 423 suppose par cela même qu'il a cette faculté dans tous autres cas, s'il est membre du conseil de famille; d'ailleurs aucun texte ne prononce d'exclusion contre lui. Cependant, nous ne pensons pas qu'il puisse voter quand il s'agit de l'habiliter à faire un acte. (*V.* page 359.) — Quant aux parents ou alliés du tuteur, ils sont admis à voter même pour la nomination du subrogé tuteur; les doutes qu'on élèverait à cet égard n'auraient aucun fondement : avec un tel système, il s'ensuivrait que le tuteur ne pourrait être choisi parmi les parents du mineur. (Dur., n° 518, note 2; Demolombe, n°s 365 et suiv.)

SECTION VI.

DES CAUSES QUI DISPENSENT DE LA TUTELLE.

Le tuteur ne recevant pas d'honoraires, et les devoirs que la tutelle impose étant multipliés, il était à craindre qu'on ne trouvât que difficilement des personnes disposées à accepter une pareille charge : aussi le législateur a-t-il cru devoir interdire à celles qui sont désignées pour la remplir la faculté de refuser, sauf ce qui est établi à l'égard de la mère (394). D'ailleurs, il importe à l'intérêt social que les mineurs ne restent pas sans défenseur.

Toutefois, la loi détermine certaines causes d'excuse.

On nomme *excuse*, tout motif allégué soit pour se dispenser d'une charge ou d'une fonction, soit pour se justifier d'une désobéissance à la loi ou à la justice.

Il existe six causes d'excuse :

1° L'exercice d'une fonction publique; le service militaire; une mission du gouvernement (427-429). — Le fonctionnaire public doit à l'intérêt général le sacrifice de ses affections et de ses intérêts privés;

2° La qualité d'étranger à la famille, lorsqu'il y a dans la distance de 4 myriamètres des parents ou alliés en état de gérer la tutelle (432);

3° L'âge et les infirmités (433 et 434);

4° Le nombre de tutelles (435);

5° Le nombre d'enfants (436);

6° Enfin le sexe, lorsque c'est la mère survivante qui est appelée à la tutelle (394).

(1) Rennes, 14 février 1810, 31 mai 1831; Rouen, 17 novembre 1810, Pal. Dev.

(2) Zach., t. 1er, p. 216; Demolombe, n° 595; — Nîmes, 17 janvier 1837, Dev., 1838, 2, 253.

Parmi ces causes d'excuse, les unes sont temporaires (427-431), les autres sont perpétuelles (432-440). — Les unes dispensent *à suscipiendâ tutelâ*, les autres *a susceptâ tutelâ*. — Les unes ont pour base la faveur attachée à certaines fonctions; les autres sont uniquement fondées sur l'intérêt privé.

Au reste, libre aux personnes désignées de ne point s'en prévaloir: la loi n'entend leur conférer qu'une pure faculté; elles peuvent y renoncer, soit expressément, soit tacitement.

La renonciation est *expresse*, lorsqu'elle résulte d'une déclaration verbale; — elle est *tacite*, lorsqu'on peut l'induire de certains faits. (Comp., art. 394, 430, 431 et 439.)

Comme l'acceptation de la tutelle opère une sorte de quasi-contrat entre le tuteur et le pupille, il est clair que le tuteur doit manifester, avant de s'immiscer dans la question, la volonté d'user du bénéfice de la loi, mais à charge par lui d'administrer provisoirement, sous sa responsabilité, pendant le litige.

L'appréciation des causes d'excuse appartient d'abord au conseil de famille; sauf ensuite recours au tribunal, s'il y a lieu. — Le jugement est susceptible d'appel (889 Pr.).

Rappelons ici que la décision du conseil de famille n'est point considérée comme un jugement en premier ressort, mais comme une simple délibération.

Si la délibération est réformée, les frais sont supportés par ceux qui ont rejeté l'excuse; dans le cas contraire, ils sont à la charge du tuteur (441 C. civ.).

La loi ne détermine pas de délai fatal pour ce recours (1).

Les causes d'excuse, d'exclusion ou de destitution sont les mêmes pour le tuteur et pour le subrogé tuteur, que la tutelle soit légitime, testamentaire ou dative; sauf les cas particuliers spécialement déterminés par la loi (2).

Ne confondons pas les *excuses* avec les *incapacités* et les *exclusions*.

Les incapacités et les exclusions sont établies dans l'intérêt du mineur; elles produisent leur effet, indépendamment de la volonté de ceux qui en sont frappés : les excuses ne sont établies que dans l'intérêt du tuteur. — Les tiers poursuivis peuvent se prévaloir de l'exclusion et de l'incapacité; l'excuse doit être présentée par le tuteur qui veut se faire excuser.

Occupons-nous d'abord des excuses.

Excuses fondées sur l'acceptation de fonctions publiques.

427 — Sont dispensés de la tutelle :

Les personnes désignées dans les titres III, V, VI, VIII, IX, X et XI de l'acte du 18 mai 1804 ;

(1) Zach., t. 1er, p. 218; Demolombe, n° 456.
(2) Demolombe, n° 396; — Bordeaux, 8 août 1845, Dev., 1847, 2, 134.

Les présidents et conseillers à la cour de cassation, le procureur général et les avocats généraux en la même cour;

Les préfets;

Tous citoyens exerçant une fonction publique dans un département autre que celui où la tutelle s'établit.

=Examinons chacune des causes d'excuse énumérées dans cet article. De tout temps notre législation a placé au nombre des causes d'excuse certaines dignités, à raison de leur éminence. — La dénomination de plusieurs d'entre elles a changé, suivant les régimes auxquels la France a été successivement soumise.

Le Code civil de 1804 dispensait de la tutelle les membres des autorités établies par les titres 2, 3 et 4 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an VIII. — Dans l'édition législativement revisée le 3 septembre 1807, cet acte ne fut pas rappelé; l'article 427 déclara dispensées de la tutelle les personnes désignées dans les articles 3, 5, 6, 8, 9, 10 et 11 de l'acte des constitutions du 18 mai 1804 (28 floréal an XII): — ces personnes étaient: 1° les membres de la famille impériale; — 2° les grands dignitaires de l'empire (1); — 3° les grands officiers de l'empire (2); — 4° les sénateurs; — 5° les conseillers d'État; — 6° les membres du corps législatif et les tribuns.

L'édition officielle publiée en vertu de l'ordonnance du 17 juillet 1816 a reproduit cette partie de l'article 427 telle qu'elle existait dans l'édition impériale; seulement, on ajouta en note ces mots: *plusieurs des places et titres auxquels cette dispense s'applique n'existent plus.*

D'où l'on est fondé à conclure que le principe de la dispense doit s'appliquer à toutes positions analogues, compatibles avec notre organisation politique (3).

Par suite, on considérait comme dispensés de la tutelle, sous les chartes de 1814 et de 1830, les princes de la famille royale, les pairs de France et les députés, les amiraux, les maréchaux de France, les inspecteurs généraux, les conseillers d'État et les ministres.

Sous la république, le premier alinéa de l'article 427 nous paraît devoir s'appliquer au président de la république, aux représentants du peuple, aux conseillers d'État et aux ministres.

Sont aussi dispensés de la tutelle, les présidents et conseillers à la cour de cassation, le procureur général et les avocats généraux en la même cour.— Ajoutons, les membres de la cour des comptes: ces magistrats ont remplacé les commissaires de la comptabilité nationale ou impériale, fonctionnaires dont il était question dans les deux éditions de l'an XII et de 1807. — Peu de temps après la seconde édition, une cour

(1) Les grandes dignités de l'empire étaient celles de grand électeur, d'archichancelier de l'empire, d'archichancelier de l'État, d'architrésorier, de connétable, et de grand amiral.

(2) Les grands officiers de l'empire étaient les maréchaux de l'empire, — huit inspecteurs et colonels généraux de l'artillerie et du génie, des troupes à cheval et de la marine; — le grands officiers civils de la couronne.

(3) Valette sur Proudhon, p. 333, t. 2; Demolombe, n° 403.

des comptes (loi du 16 septembre 1807) fut chargée de la comptabilité publique. — Dans l'édition de 1816, il n'est point parlé de cette cour, mais on a rappelé en note l'art. 7 de la loi du 16 septembre 1807, ainsi conçu : « Art. 1er. La cour des comptes prend rang immédiatement après la cour de cassation et *jouit des mêmes prérogatives.* » L'intention du législateur est donc manifeste.

Les préfets sont également au nombre des personnes que l'art. 427 dispense de la tutelle, et cela, par le motif qu'ils se doivent en entier aux soins de leur administration.

Enfin, la loi étend ce bénéfice aux citoyens qui exercent une fonction publique dans un département autre que celui où la tutelle est ouverte; ce qui s'applique aux ecclésiastiques desservant des cures ou des succursales, ainsi qu'à toutes personnes attachées au service des divers cultes, dont les fonctions exigent résidence d'après les lois de l'État, et pour lesquelles elles ont été agréées par le gouvernement (avis du conseil d'Etat du 20 novembre 1806); aux juges, aux procureurs de la république et autres qui ne sont point dispensés de la tutelle par leur seule qualité; même aux notaires, car ils sont fonctionnaires publics (1). (Loi du 25 ventôse an XI, art. 1er; lettre du garde des sceaux du 27 novembre 1821.)

— Le père du mineur peut-il se faire excuser de la tutelle de ce mineur, sous prétexte qu'il remplit des fonctions publiques dans un département autre que celui où il a son domicile? — Certes la loi n'excepte pas le père de la règle générale : mais ne peut-on pas dire qu'en invoquant une telle excuse, *contra naturales stimulos facit?* — On ne saurait comprendre, par exemple, qu'un père s'excusât sous prétexte qu'il serait conseiller à la cour de cassation? — Les auteurs du Code ne peuvent avoir songé à la tutelle légitime. (Zach., p. 214; Demolombe, no 409.)

428 — Sont également dispensés de la tutelle :

Les militaires en activité de service, et tous autres citoyens qui remplissent hors du territoire de la république, une mission du président.

= Malgré les termes formels de la loi, on pense généralement qu'une mission dans les colonies serait une excuse valable. (Arg. de l'art 417.)

Il faut observer que les citoyens investis d'une mission du président sont seuls dispensés de la tutelle. Il n'est nullement question de ceux qui ont reçu cette mission d'une autorité secondaire; car le mandat n'a plus alors ce caractère d'importance qui fait fléchir tous les devoirs devant l'obéissance due au chef du gouvernement.

Nous ne pensons même pas que la loi entende ici parler d'une mission qui ne serait qu'accidentelle ou de courte durée. (Zach., t. 1, p. 214, § 107.)

(1) Demolombe, no 408; Merlin, Rép, vo Tutelle, sect. 4, § 1er, art. 5, no 13; Favard, Rép. du notariat, vo Tutelle.

429 — Si la mission est non authentique, et contestée, la dispense ne sera prononcée qu'après la représentation faite par le réclamant du certificat du ministre dans le département duquel se placera la mission articulée comme excuse.

= Si la mission est secrète, et que le conseil de famille, doutant de la sincérité du réclamant, ne veuille pas l'admettre comme excuse, il faut représenter un certificat du ministre dans le département duquel se place la mission articulée comme excuse. — Nous n'entendons pas dire, assurément, que le ministre devra s'expliquer soit sur l'objet, soit sur la durée de la mission : il lui suffira de déclarer qu'elle a une importance assez grande pour dispenser de la tutelle.

430 — Les citoyens de la qualité exprimée aux articles précédents, qui ont accepté la tutelle postérieurement aux fonctions, services ou missions qui en dispensent, ne seront plus admis à s'en faire décharger pour cette cause.

= Les excuses dispensent de la tutelle, mais elles n'établissent point d'incapacité : rien n'empêche les personnes désignées de renoncer à l'avantage qui leur est offert.

La loi fait spécialement aux personnes qui se trouvent dans un des cas prévus par les articles précédents, l'application de ce principe.

Ainsi, deux cas sont prévus: ou la personne appelée à la tutelle remplit déjà des fonctions publiques, ou elle n'a été appelée à ces fonctions que postérieurement.

Au premier cas : Lorsque la tutelle est dative, elle doit, sous peine de déchéance, présenter ses excuses sur-le-champ, si elle assiste à la délibération (418); et dans le délai de trois jours, à partir de la notification de cette délibération, si elle a été nommée en son absence (439). — Lorsque la tutelle est légitime, l'excuse doit être présentée dans le même délai ; mais ce délai court du jour où elle a connu l'ouverture de la tutelle.

Voyez, pour le deuxième cas, l'article suivant.

431 — Ceux, au contraire, à qui lesdites fonctions, services ou missions, auront été conférés postérieurement à l'acceptation et gestion d'une tutelle, pourront, s'ils ne veulent la conserver, faire convoquer dans le mois un conseil de famille, pour y être procédé à leur remplacement.

Si, à l'expiration de ses fonctions, services ou missions, le nouveau tuteur réclame sa décharge, ou que l'ancien redemande la tutelle, elle pourra lui être rendue par le conseil de famille.

= Remarquons ces mots : *dans le mois ;* la loi ne dit pas *dans les trois jours :* elle a considéré sans doute que l'administration de la tutelle n'étant pas en souffrance, il n'y avait aucun inconvénient à prolonger les délais.

Si la cause qui motivait la dispense vient à cesser, le conseil de famille peut rendre la tutelle à l'ancien tuteur, mais seulement sur la demande de celui-ci ou sur celle du nouveau tuteur : la tutelle *pourra*, porte le deuxième alinéa de notre article : le tribunal prononcera donc eu égard aux circonstances.

Néanmoins, en supposant, ce que nous aurons à examiner, que les ascendants aient pu s'affranchir de la tutelle en invoquant l'une des causes d'excuse énumérées dans cet article, nous pensons qu'ils se trouvent nécessairement réintégrés dans cette charge dès que la cause a cessé ; car c'est là un effet de la loi.—Nous avons pu admettre une décision opposée pour le cas où la mère, après avoir perdu la tutelle par suite de son nouveau mariage, serait devenue veuve de son deuxième mari (395), parce que la cause était perpétuelle ; mais, dans les cas prévus par l'article 431, elle n'est qu'accidentelle et momentanée.

— La disposition finale de l'article 431 serait-elle applicable, si la personne appelée à la tutelle avait invoqué l'une des causes d'excuse dont il s'agit, non à l'effet de se faire décharger de la tutelle (*à tutelâ susceptâ*), mais à l'effet de s'en faire dispenser (*à suscipiendâ tutelâ*) ? — Ce serait se placer en dehors des termes du texte : or, n'oublions pas qu'il s'agit ici d'une disposition exceptionnelle, et par conséquent de droit étroit : la loi règle le cas où les fonctions, services ou missions ont été conférés postérieurement à l'acceptation de la tutelle, et nous supposons qu'ils ont été acceptés antérieurement. — Dans cette dernière hypothèse, la réintégration ne pourra s'opérer que du consentement du tuteur en exercice et de l'ancien tuteur excusé. (Demolombe, no 415.)

Excuse fondée sur la non-parenté.

432 — Tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle.

=La tutelle étant une charge de famille, il répugnerait à la raison que des personnes étrangères fussent tenues de l'accepter, lorsqu'il existe des parents ou alliés *en état* de gérer, c'est-à-dire, qui ne sont ni incapables, ni dans un cas d'exclusion.

Toutefois, cette règle souffre exception lorsque les parents ou alliés demeurent au delà de 4 myriamètres du lieu où la tutelle s'est ouverte ; car ils se trouvent alors dans l'impossibilité de donner aux affaires du pupille les soins continuels et instantanés qu'elles réclament : leur existence n'est plus alors pour l'étranger une cause d'excuse.

Observons que la dispense n'est établie qu'en faveur des personnes étrangères à la famille : les parents ou alliés du mineur ne seraient donc point admis à s'excuser, en alléguant qu'ils habitent loin du lieu où la tutelle s'est ouverte (car cette excuse n'est admise qu'en faveur des fonctionnaires publics) (427), ou qu'il existe dans la distance de 4 myriamètres des parents ou alliés en état de gérer la tutelle (1).

Duranton, n° 488, t. 3, admet cependant la doctrine contraire : « c'est à celui, dit-il, qui est appelé de préférence à succéder, à supporter le fardeau de la tutelle. C'était dans cet esprit que les Romains la déféraient aux agnats et aux patrons : *Ubi est emolumentum, ibi tutelæ onus esse debet.* » Toutefois, il fait exception pour le cas où le tuteur désigné se trouverait au nombre des parents ou alliés que la loi appelle à la composition du conseil de famille. — Cette opinion semble corroborée par Malleville, t. 1er, p. 430 : « On avait proposé, dit cet auteur, un article ainsi conçu : « Nul ne peut être contraint d'accepter la tu- » telle s'il n'est du nombre de ceux qui ont été assignés pour composer » le conseil de famille. » Mais on fit observer qu'il serait possible qu'on eût oublié les parents les plus proches, et que cet oubli ne devait pas être pour eux une excuse; on consentit alors à la suppression de l'article (2). »

Quoi qu'il en soit, nous persistons dans nos principes : la tutelle est une charge de famille; elle peut donc peser indistinctement sur tout parent ou allié. Il a été dans la pensée du législateur de laisser au conseil de famille la liberté de choisir; son choix ne saurait être limité entre ceux qui ont pris part à la délibération; avant tout il faut considérer l'intérêt du mineur. (Favard, v° Tutelle, § 6, n° 2.)

Nous excepterons, néanmoins, le cas où il y aurait eu collusion entre les membres du conseil de famille pour s'exonérer du fardeau de la tutelle : celui qui aurait été nommé tuteur pourrait alors, de même que l'étranger, provoquer la nullité de la délibération (3).

Il nous reste à faire une dernière observation dans le cas de l'art. 432. L'excuse dispense d'accepter la tutelle, *à suscipiendâ tutelâ*; mais elle ne suffit pas pour que l'on puisse s'en faire décharger : en d'autres termes, le tuteur désigné ne peut se prévaloir de l'excuse qu'autant qu'elle existe au moment où il est nommé.

Excuses fondées sur l'âge et sur les infirmités.

Ces excuses sont établies à la fois dans l'intérêt du mineur et dans celui du tuteur.

(1) Toullier, n° 1122, t. 2; Demolombe, n° 418; Zach., t. 1er, p. 215; — Poitiers, 25 février 1825, Dev. Pal.

(2) La même doctrine est professée par Delvincourt sur l'article 432, et par Marchand, *de la Minorité*, p. 256.

(3) Toullier, n° 1122; — Lyon, 10 mai 1811; Cass., 11 févr. 1825, Dev. Pal.

Dans l'intérêt du mineur : car il lui importe que la tutelle ne soit pas administrée par un homme affaibli par l'âge ou par les maladies.

Dans l'intérêt du tuteur : parce qu'il eût été trop rigoureux de lui imposer le fardeau d'une tutelle.

433 — Tout individu âgé de soixante-cinq ans accomplis peut refuser d'être tuteur. Celui qui aura été nommé avant cet âge pourra, à soixante-dix ans, se faire décharger de la tutelle.

= *Tout individu* âgé de soixante-cinq ans *accomplis* est dispensé d'accepter la tutelle (*à suscipiendâ tutelâ*), même celle de ses propres enfants : les termes de la loi sont généraux.

Les septuagénaires peuvent se faire décharger d'une tutelle commencée (*à susceptâ tutelâ*) : mais il faut pour cela qu'ils aient été investis de cette charge *avant* d'avoir atteint l'âge de soixante-cinq ans; autrement, on les considérerait comme ayant tacitement renoncé, par leur acceptation, au bénéfice de la loi.

Pourquoi cette différence? Le législateur a considéré qu'il est moins difficile de continuer une administration dont on connaît les ressorts, que d'entreprendre une administration nouvelle (1).—Il a voulu, d'ailleurs, éviter les changements trop fréquents de tuteurs; changements qui sont toujours préjudiciables au mineur.

Suivant Duranton, nº 489 (2), celui qui a été nommé à l'âge de soixante-cinq ans, et qui a cru néanmoins devoir accepter, peut, comme celui qui a été nommé avant cet âge, se faire décharger de la tutelle à soixante-dix ans : « l'article 433, dit-il, régit un cas qui offrait un doute, savoir : si le tuteur ne pourrait pas, à soixante-cinq ans, se faire décharger d'une tutelle qu'il aurait pu refuser si elle lui avait été déférée à cet âge; mais il laisse celui dont il s'agit dans les termes du principe général, qu'à soixante-dix ans, la tutelle est un trop grand fardeau : dans le système contraire, il faudrait donc que le tuteur le supportât jusqu'à la majorité des enfants, c'est-à-dire, peut-être pendant le reste de la vie : cela est inadmissible. » — Ces raisons ne manquent pas de gravité; mais elles doivent fléchir devant les termes du texte; ils nous paraissent formels.

Ajoutez que l'âge n'est pas une cause d'incapacité, mais une cause de dispense, et qu'en principe, on ne peut invoquer les excuses auxquelles on a renoncé. — Nous persistons en conséquence à penser que le tuteur parvenu à sa soixante-dixième année, ne peut se faire décharger qu'autant qu'il a été nommé *avant l'âge de soixante-cinq ans accomplis;* mais il est toujours libre au conseil de famille d'admettre l'excuse, si l'intérêt du mineur l'exige.

Le tuteur légitime, parvenu à l'âge de soixante-dix ans, peut-il,

(1) Delv., p. 118, nº 1; Valette sur Proudhon, p. 335; Demante, Progr., nº 418; Zach., p. 215; Chardon, nº 335; Demolombe, nº 423.

(2) *Voy.* dans le même sens Magnin, nº 372, t. 1er.

comme le tuteur datif ou testamentaire, se faire décharger de la tutelle? Si l'on s'en tient rigoureusement aux termes du texte, il faut admettre la négative : celui qui a été *nommé*, porte l'article 433 ; or, le tuteur légitime n'est pas nommé; il est désigné par la loi.—Mais, évidemment, c'est là discuter sur les mots ; il suffit, pour découvrir la pensée du législateur, de rapprocher les textes : tout le monde admet que la première partie de l'article 433 s'applique au tuteur légitime comme au tuteur datif ou testamentaire ; pourquoi donc ne pas lui appliquer la deuxième partie? Nous ne voyons pas de raison pour distinguer; les deux membres de phrase se lient essentiellement ; l'article 434, deuxième alinéa, contient la même expression : en conclura-t-on que cette disposition est étrangère au tuteur légitime? — Au surplus, il ne serait pas déraisonnable de soutenir que le tuteur légitime est nommé; c'est la loi, en effet, qui le désigne. (Demolombe, n° 424.)

Le texte autorise le tuteur âgé de soixante-dix ans à se faire décharger de la tutelle; mais la soixante-dixième année doit-elle être *accomplie*? Si le législateur eût voulu établir, sous ce rapport, une différence entre les cas prévus par le premier et le deuxième alinéa, on doit croire qu'il s'en serait formellement expliqué ; or, loin de là, il a réuni dans un même article les deux membres de phrase. — Mais pourquoi torturer ainsi le sens naturel du texte? n'est-il pas évident que le législateur a voulu éviter une répétition? Dans le langage usuel et juridique, quand on suppute la durée de l'existence, l'année ne compte que lorsqu'elle est accomplie : or, dans notre espèce, on ne peut dire que l'homme âgé de soixante-neuf ans et onze mois, par exemple, ait atteint sa soixante-dixième année. (*Non videtur major esse septuaginta annis*, porte la loi romaine, *qui annum agit septuagesimum* (L. 3, ff. *de immunitatis;* L. 2, ff. *de excusationibus*). — Quelques auteurs nous opposent la maxime : *Annus inceptus pro completo habetur;* ils tirent en outre un argument *à contrario* de l'article 433, 1er alinéa, et invoquent les articles 2066 C. civ., 4, 6, 12, 18, 40 et 42 de la loi du 17 avril 1832 (1). — Déjà nous avons réfuté l'argument *à contrario;* ajoutons, avec Valette sur Proudhon, t. 2, p. 336, qu'il eût été bizarre de calculer dans un seul et même article la vie de l'homme, en considérant la dernière année tantôt comme accomplie et tantôt comme simplement commencée. — L'article 2066 considère, il est vrai, comme septuagénaires, et affranchit de la contrainte par corps, ceux dont la soixante-dixième année est commencée; mais ce n'est là qu'une exception introduite en vue de favoriser la liberté individuelle, exception reproduite de l'ordonnance de 1667 (Merlin, Rép., v° Contrainte par corps, n° 18). Tout ce que l'on peut conclure de l'article 2066, dans l'espèce qui nous occupe, c'est que le tuteur cesse d'être soumis à la contrainte par corps pour le reliquat de son compte de tutelle, lorsqu'il est entré dans sa soixante-dixième année. — Au résumé, en principe, on n'est réputé parvenu à un âge qu'après l'expiration de la der-

(1) Locré sur l'article 433; Delv., p. 118, n° 2; Zach., t. 3, p. 215.

nière année : les cas où l'année commencée est censée accomplie ne sont que des exceptions, par conséquent elles doivent résulter d'un texte formel (1) : or, dans l'espèce qui nous occupe, ce texte n'existe pas.

434 — Tout individu atteint d'une infirmité grave et dûment justifiée est dispensé de la tutelle.

Il pourra même s'en faire décharger, si cette infirmité est survenue depuis sa nomination.

= L'*infirmité* est un état continuel : on donne donc pour exemple la cécité, la paralysie. — La *maladie* n'est qu'un état passager, à moins qu'elle ne soit permanente ; alors, elle peut constituer une infirmité : le juge apprécie les circonstances.

L'infirmité doit être grave et dûment justifiée : on peut l'invoquer, non-seulement comme excuse, *à suscipiendâ tutelâ*, mais encore pour se faire décharger de la tutelle, *à tutelâ susceptâ*.

Nonobstant ces termes formels de la loi : *si elle est survenue depuis la nomination*, il est généralement admis qu'une infirmité pourrait être une cause de dispense ou de décharge, lors même qu'elle aurait existé avant l'acceptation de la tutelle, si elle s'était aggravée au point de mettre le tuteur dans l'impossibilité d'administrer : on conçoit que le tuteur ait pu compter, au moment où il a accepté, sur une guérison prompte, et que plus tard il ait dû renoncer à cet espoir (2) (Pothier, Des personnes, part. 1re, tit. 6, sect. 3, art. 2).

Au surplus, l'infirmité ne constitue pas une cause d'exclusion, mais une cause d'excuse : rien ne s'oppose, par exemple, à ce qu'un aveugle soit nommé tuteur, s'il y consent (3).

La loi ne détermine pas le délai dans lequel l'excuse fondée sur l'infirmité doit être proposée : quelques personnes concluent de ce silence qu'elle entend se référer aux dispositions des articles 438 et 439; mais, évidemment, ce serait méconnaître son esprit, car il peut arriver que, depuis l'acceptation de la tutelle, l'infirmité se soit aggravée.

Remarquons, en terminant, que l'âge est une excuse péremptoire, tandis que l'infirmité doit toujours être soumise à l'appréciation du conseil de famille.

Excuse fondée sur le nombre des tutelles.

435 — Deux tutelles sont, pour toutes personnes, une juste dispense d'en accepter une troisième.

Celui qui, époux ou père, sera déchargé d'une tutelle, ne

(1) Dur., n° 489; Duvergier sur Toullier, t. 1er, n° 1151; Magnin, n° 372; Demolombe, n° 422; Valette sur Proudhon, p. 336.

(2) Dur., n° 490; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 337; Demolombe, n° 426; Delv., p. 117, n° 7.

(3) Cass., 7 juin 1820, Dev. Pal.

pourra être tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants.

= Deux tutelles sont, pour les célibataires et pour les veufs sans enfants, une dispense d'en accepter une troisième; car une attention trop partagée pourrait nuire à l'administration.

Les tutelles ne se comptent point par le nombre de pupilles, mais par celui des patrimoines à gérer : *non numerus pupillorum plures tutelas facit, sed patrimoniorum separatio :* ainsi, la tutelle de deux frères dont les biens sont en commun n'est comptée que pour une : *qui tribus fratribus tutor datus est, qui indivisum patrimonium haberent, unam tutelam suscepisse habetur* (ff. l. 3, de excus., et § 5, Inst., de excus. tut. vel. cur.)— Mais, s'ils n'étaient plus dans l'indivision, il y aurait deux patrimoines distincts, et par conséquent cause d'excuse : *non numerus pupillorum, sed difficultas rationum conficiendarum et reddendarum consideranda est, sed patrimoniorum separatio* (1).

A Rome, une tutelle, à raison des difficultés qu'elle présentait, pouvait dispenser d'en accepter une seconde (ff. l. 31, § ult. de excus. tut.). Le Code civil ne contient rien de semblable : il exige impérieusement deux tutelles.

En matière de dispense, la qualité d'époux ou de père équivaut à une tutelle : dès lors, celui qui réunit à l'une de ces qualités la charge d'une tutelle ne peut être tenu d'en accepter une seconde: toutefois, il est toujours, de droit, tuteur de ses enfants, quel que soit leur nombre.

Puisque c'est là un effet de la qualité d'époux ou de père, il faut reconnaître que le réclamant pourrait s'en prévaloir quand même ses enfants seraient majeurs ou émancipés, quand même sa femme administrerait elle-même ses biens (2). — Quant au veuf sans enfants, il est placé sur la même ligne que le célibataire.

Observons qu'il s'agit ici de la paternité *légitime;* ces mots : *époux* ou *père*, rapprochés du texte de l'article 436, 1er alinéa, lequel suppose l'existence de *cinq enfants légitimes*, ne laissent à cet égard aucun doute. La loi n'a pu vouloir autoriser le père naturel à se prévaloir de sa faute pour invoquer un avantage (3).

Quant aux enfants adoptifs, ils ne peuvent compter que pour leur père naturel; la dispense, nous le répétons, n'est attachée qu'à la filiation produite par la nature et fondée sur la loi.

Il est bien entendu que l'individu chargé de deux tutelles ne pourrait, en contractant mariage, se faire décharger de l'une d'elles : l'article 435, comme les articles 433 et 434, supposent le cas d'une excuse *à suscipiendâ tutelâ.* (Demolombe, n° 433.)

Nous déciderons, par les mêmes motifs, qu'il ne pourrait refuser celle

(1) Magnin, n° 374; Dur., n° 491. note 1re; Locré, Malleville, t. 1er, p. 441.
(2) Delv., p. 118, n° 3; Demolombe, nos 430 et suiv.
(3) Locré, Valette sur Proudhon, p. 338; Dur., n° 492.

des enfants légitimes qui lui surviendraient. — Duranton, n° 492, t. 3, soutient l'opinion contraire, en se fondant sur ces mots de l'article 435, 1er alinéa : *toutes personnes.* — Mais l'erreur est évidente : l'article 435 est composé de deux parties : la première concerne les célibataires ou les veufs sans enfants ; la seconde est relative aux individus qui ont la qualité d'époux ou de père. Gardons-nous, par conséquent, de confondre ces deux hypothèses : dans la dernière, il n'est point dit que celui qui a deux tutelles peut refuser celle de ses propres enfants ; une semblable décision blesserait la morale (1).

Les fonctions de subrogé tuteur doivent être assimilées à celles de tuteur : en conséquence, celui qui, époux ou père, est déjà chargé d'une subrogée tutelle, ne peut être tenu d'accepter une tutelle autre que celle de ses propres enfants (2).

— L'individu veuf et tuteur de son enfant peut-il refuser une deuxième tutelle ? ∿ Un auteur interprète l'article 435 en ce sens, que celui qui est époux ou père peut être chargé *d'une tutelle*, outre celle de ses enfants (Demolombe, n° 435). ∿ Mais c'est là, selon nous, méconnaître la pensée du législateur. Le texte est d'ailleurs contraire à cette interprétation : dès le moment où l'on est époux ou père, on se trouve, selon nous, dispensé d'accepter une deuxième tutelle, excepté celle de ses enfants.

436 — Ceux qui ont cinq enfants légitimes sont dispensés de toute tutelle autre que celle desdits enfants.

Les enfants morts en activité de service dans les armées seront toujours comptés pour opérer cette dispense.

Les autres enfants morts ne seront comptés qu'autant qu'ils auront eux-mêmes laissé des enfants actuellement existants.

= Deux motifs ont dicté cette disposition :

1° La nécessité de ne pas diriger sur des étrangers une affection qu'un père doit tout entière à ses propres enfants ;

2° La faveur due à la fécondité conjugale.

La loi n'admet comme cause de dispense que l'existence des *enfants légitimes :* les enfants naturels et les enfants adoptifs ne compteraient donc pas. — Quant à l'enfant conçu, il n'est réputé né que lorsqu'il s'agit de ses intérêts ; or, dans l'espèce, il s'agit de l'intérêt du tuteur.

En général, les enfants vivants peuvent seuls être comptés pour dispenser de la tutelle ; les enfants morts ne comptent pas, quel que soit leur nombre ; néanmoins, cette règle souffre exception :

1° A l égard des enfants morts *en activité de service* (c'est-à-dire non retraités) dans les armées. (Inst. Just.)

La cause de leur mort importe fort peu : que ce soit par suite de ma-

(1) Zach., p. 215, t. 1er; Demolombe, n° 434.

(2) Nimes, 17 janvier 1837, Pal., 1837, 2, 268; Dev. 1838, 2, 253; D. P., 1838, 2, 25.

ladie ou dans un combat, en duel (1) ou par un suicide; pendant la paix ou pendant la guerre; la loi ne distingue pas : ils doivent compter par cela seul qu'ils sont morts au service (2): d'ailleurs, on ne relate point la cause de mort dans l'acte de décès (85). — Toutefois, il ne suffirait pas qu'ils fussent morts en congé, même des suites de leurs blessures.

Ces mots : *en activité de service*, comprennent également les employés militaires.

L'enfant absent compte, si l'on se trouve dans la première période; car il est réputé vivant : mais dans la deuxième, et à plus forte raison dans la troisième, nous sommes porté à croire qu'il ne compte pas. (Demolombe, n° 439.)

2° Lorsque les enfants morts ont laissé des enfants actuellement vivants; mais ces enfants, quel que soit leur nombre, ne peuvent être comptés que pour la tête qu'ils représentent.

Remarquons, au surplus, que le nombre d'enfants *dispense*, mais qu'il ne *décharge* pas de la tutelle (*voy.* art. 437).

— Un enfant mort civilement est-il encore au nombre des enfants qui dispensent de la tutelle? vs *A. Civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest.* (Magnin, n° 378; Merlin, Tutelle, sect. 4, § 2, art. 5, n° 6; Demolombe, n° 440.)

437 — La survenance d'enfants pendant la tutelle ne pourra autoriser à l'abdiquer.

= Par cette disposition, le législateur a encore voulu prévenir les inconvénients qui résulteraient des changements de tuteur : le nombre d'enfants dispense *à suscipiendâ tutelâ*, mais non *à susceptâ tutelâ*.

Excuse fondée sur le sexe.

Le sexe n'est une excuse que pour la mère (394) et pour les ascendantes (408 et 442). — Pour toutes autres personnes, il constitue une incapacité (442).

Époque à laquelle doivent être proposées les excuses. — Autorité compétente pour en connaître.

438 — Si le tuteur nommé est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, il devra sur-le-champ, et sous peine d'être déclaré non recevable dans toute réclamation ultérieure, proposer ses excuses, sur lesquelles le conseil de famille délibérera.

(1) *Voy.* cep. Zach., p. 216, et Delvincourt sur l'article 436.
(2) Valette sur Proudhon, p. 338.

=L'acceptation de la tutelle et de la subrogée tutelle constitue, ainsi que nous l'avons établi, un quasi-contrat entre le tuteur ou le subrogé tuteur, d'une part, et le pupille, d'autre part. Il importe, en conséquence, aux personnes désignées pour remplir ces sortes de charges, de proposer au plus tôt les excuses qu'elles sont en droit d'invoquer; autrement, leur silence pourrait être considéré, s'il se prolongeait, comme une renonciation au bénéfice de la loi.

Dans les articles 438, 439 et 440, la loi fait au tuteur nommé par le conseil de famille l'application de cette règle générale; elle distingue : le tuteur est présent à la délibération; il a été nommé hors sa présence.

Au premier cas, il doit, à peine de déchéance, proposer ses excuses sur-le-champ. S'il s'était fait représenter au conseil de famille par un fondé de pouvoir, on le considérerait néanmoins comme n'ayant pas été présent; car il ne pouvait prévoir que la tutelle lui serait déférée (1).

Le conseil de famille est la seule autorité compétente pour connaître des excuses (440), sauf ensuite recours au tribunal, s'il y a lieu.

—En dehors des excuses déterminées par les textes, le conseil de famille peut-il en admettre d'autres? ∽ Il faut entendre la loi en ce sens, que le conseil de famille doit nécessairement admettre les causes d'excuse qu'elle a pris soin de déterminer, et qu'il peut écarter ou admettre, suivant les circonstances, celles qui ne se trouvent pas comprises dans cette énumération : par exemple, si une tutelle compliquée se trouvait déférée à un homme illettré et sans aptitude pour les affaires, serait-il raisonnable de le maintenir néanmoins dans cette charge? En fait, les choses se passent presque toujours ainsi. (Valette sur Proudhon, nº 340; Delv., p. 114, nº 3.)

Mais une autre question s'élève : on demande si les tribunaux pourraient admettre une excuse non écrite dans la loi, rejetée par le conseil de famille? ∽ Le tribunal, disent quelques auteurs, a non-seulement pour mission de faire respecter la loi, mais encore de réparer les fautes commises par le conseil. — Il faut, avant tout, considérer l'intérêt de l'enfant; tel est le vœu du législateur (Valette, *ibid*; Delvincourt, *ibid*). ∽ Ce système est généralement rejeté; élargir le cercle des excuses, ce serait ouvrir la porte à l'arbitraire : notez, en effet, qu'il ne s'agit point ici d'une délibération, mais d'un véritable procès (2).

439 — Si le tuteur nommé n'a pas assisté à la délibération qui lui a déféré la tutelle, il pourra faire convoquer le conseil de famille pour délibérer sur ses excuses.

Ses diligences à ce sujet devront avoir lieu dans le délai de trois jours, à partir de la notification qui lui aura été faite de sa nomination; lequel délai sera augmenté d'un jour par trois

(1) Demolombe, nº 452; Delv., p. 114, nº 1; Dur., nºs 494 et 496, note; Zach., t. 1er, p. 117. *Voy.* cep. Magnin, t. 1er, nº 379.

(2) Demolombe, nºs 447 et suiv.; — Cass., 17 février 1835, Dev., 1835, 1, 81, Pal.; Paris, 24 juillet 1835, D., 1835, 2, 156; Rouen, 30 mars 1844, D. 1844, 1, 156.

myriamètres de distance du lieu de son domicile à celui de l'ouverture de la tutelle : passé ce délai, il sera non recevable.

= Ainsi que nous l'avons déjà dit, après avoir accepté, le tuteur ou le subrogé tuteur est non recevable dans ses réclamations ultérieures, car le quasi-contrat se trouve formé. — L'acceptation peut être expresse ou tacite : l'acceptation tacite résulterait, notamment, des actes de gestion non commandés par l'urgence que le tuteur aurait faits, ou du silence qu'il aurait gardé pendant trois jours, à partir de la notification de sa nomination.

Assurément, le conseil de famille ne sera pas tenu de maintenir le tuteur, nonobstant ses réclamations : mais cette excuse, qui aurait dû être nécessairement admise si on l'eût présentée dans le délai prescrit, pourra être rejetée, si on l'invoque après ce délai, et cela sans que le tuteur soit recevable à se pourvoir contre la délibération.

Le délai doit être franc ; on ne compte ni le jour de la nomination ni celui de la notification : telle est la règle générale (1033 Pr.).

La loi suppose le cas de tutelle dative : si la tutelle est légitime ou testamentaire, le délai accordé au tuteur pour réclamer court du jour où il a connu l'événement qui a donné lieu à la tutelle.

Le tuteur légitime ou testamentaire qui ne veut pas accepter, doit faire sa déclaration au juge de paix du lieu où la tutelle s'est ouverte : ce magistrat assemble aussitôt le conseil de famille, à l'effet d'apprécier les excuses présentées, et, s'il y a lieu, de pourvoir à la nomination d'un autre tuteur.

— Si le tuteur nommé était en voyage ou atteint d'une maladie grave au moment de la notification faite à son domicile, de quel moment ferait-on courir le délai de trois jours? ✓✓ Le délai date du jour de la notification, dit Magnin, n° 360 : or la notification est toujours faite au domicile ; s'il en était autrement, les citoyens pourraient librement se soustraire aux effets de la loi. ✓✓ Cette décision nous paraît bien rigoureuse : sans doute une règle fixe a ses avantages, mais il ne faut pas qu'elle soit poussée jusqu'à l'arbitraire. L'équité veut qu'on ne fasse courir le délai de trois jours qu'à partir de celui où le tuteur a dû connaître sa nomination (Dur., n° 496 ; Demolombe, n° 453).

440 — Si les excuses sont rejetées, il pourra se pourvoir devant les tribunaux pour les faire admettre ; mais il sera, pendant le litige, tenu d'administrer provisoirement.

= Le conseil de famille a seul qualité pour statuer sur les excuses proposées : si elles sont admises, il doit procéder immédiatement à la nomination d'un nouveau tuteur ; — si elles sont rejetées, le tuteur peut se pourvoir devant le tribunal pour les faire admettre.

Rappelons-nous que le recours n'est point un appel, mais une action principale : l'appel, en effet, suppose un jugement rendu en première

instance ; or, le conseil de famille ne rend pas de jugement, il prend des délibérations (889 Pr.).

La loi ne détermine pas de délai fatal pour ce recours : mais, en fait, l'incertitude sera de courte durée ; car il importe au tuteur de se soustraire le plus tôt possible à toute responsabilité (1).

La demande doit être formée contre le subrogé tuteur, lorsqu'il y en a un (arg. de l'article 448) ; sinon, contre les membres qui ont voté pour le rejet des excuses (arg. de l'article 883 Pr.).

Les membres de la minorité du conseil peuvent également se pourvoir contre la délibération qui a rejeté l'excuse : ils doivent diriger leur demande contre les membres qui ont composé la majorité (883 Pr.).

Provisoirement, et jusqu'à la fin du litige, le tuteur est tenu de gérer la tutelle (440). Les articles 394 et 419 C. civ. contiennent des dispositions analogues.

Mais à quel titre administrera-t-il pendant l'instance? (*Voy.* ce que nous dirons *infrà*, sur l'art. 419.)

Le tribunal saisi du recours contre la décision du conseil prononce comme en matière sommaire (884 Pr.) : son jugement est susceptible d'appel, comme l'indiquent ces mots de l'article 440 C. civ. : *devant les tribunaux;* comme le décide le Code de procédure (art. 889).

— Si le tuteur gagne son procès en première instance, doit-il administrer pendant le délai d'appel? ∿ Nous pensons que le conseil de famille doit, après le jugement du tribunal, nommer un nouveau tuteur, et que ce tuteur sera chargé de l'administration provisoire (Delv., p. 18, n° 11).

Quid, si les excuses ayant été admises par le conseil, on vient à découvrir ensuite qu'elles n'étaient point fondées ? Nul doute que le tuteur en exercice pourra se pourvoir devant le tribunal contre cette délibération ; mais *quid* si un jugement est intervenu ? ∿ A Rome, le tuteur qui s'était fait excuser *falsis allegationibus* n'était pas affranchi des charges de la tutelle (Instit., § 20, des excuses). — En droit français, nous pensons qu'il faut distinguer : s'il y a eu dol de la part du tuteur, on peut attaquer le jugement de première instance par voie de requête civile ; hors ce cas, le jugement est inattaquable. (Delv., p. 118, n° 11.)

441 — S'il parvient à se faire exempter de la tutelle, ceux qui auront rejeté l'excuse pourront être condamnés aux frais de l'instance.

S'il succombe, il sera condamné lui-même.

— Si le tuteur parvient à faire admettre ses excuses par le tribunal, ceux des membres du conseil qui en ont voté le rejet *peuvent* être condamnés aux dépens (130 Pr.).

Le tribunal est appréciateur des motifs qui ont porté les membres du conseil à contester les excuses : s'il reconnaît que des vues bienveillantes ont dicté leur décision, ces frais seront laissés à la charge du mineur, comme dépenses de tutelle.

(1) Zach., t. 1er, p. 218; Demolombe, n° 456.

Si le tuteur succombe, il doit les supporter personnellement (889 Pr.).

SECTION VII.

DE L'INCAPACITÉ, DES EXCLUSIONS ET DESTITUTIONS DE LA TUTELLE.

La loi détermine, dans cette section, les causes indépendantes de la volonté du tuteur qui s'opposent à son admission ou à sa conservation ; et par occasion, celles qui doivent faire écarter les parents ou alliés du conseil de famille.

Parmi ces excuses, les unes résultent d'un défaut de qualité ou d'une circonstance qu'on ne peut reprocher à la personne ; — les autres, de l'indignité.

Les premières constituent des incapacités : elles sont, mais improprement, qualifiées d'*excuses nécessaires* par quelques jurisconsultes.

L'*incapacité* opère les mêmes résultats que l'*exclusion;* mais on signale dans les causes quelques différences :

L'incapacité provient, ou de l'état de faiblesse de la personne, ou des relations qui existent entre elle et le mineur (442) ; en un mot, de certains événements qui, sans porter atteinte à la réputation, empêchent cependant d'être tuteur; tandis que l'exclusion est fondée sur un défaut de moralité ; elle écarte le tuteur comme indigne.

Les causes d'incapacité sont au nombre de quatre : 1° la minorité ; 2° l'interdiction ; 3° le sexe ; 4° l'opposition d'intérêt (442) ; 5° enfin la mort civile (art. 25).

Ces causes paralysent la vocation de la loi, ou mettent obstacle au choix que voudrait faire le conseil de famille.

L'interdiction et l'opposition d'intérêt survenues après l'ouverture de la tutelle donnent lieu à *révocation.*

Remarquons surtout que le tuteur *révoqué* n'est pas considéré comme *destitué :* la *révocation* n'imprime aucune tache ; la *destitution*, au contraire, est toujours fondée sur une cause déshonorante : ainsi, lorsque la mère qui se remarie n'est pas maintenue dans la tutelle, il y a dans ce fait révocation, mais non destitution. —L'exclusion ou la destitution ne peut être prononcée que pour les causes expressément indiquées soit dans le Code civil, soit dans le Code pénal.

Les individus incapables d'être tuteurs sont par cela même écartés du conseil de famille.

Le Code établit quatre causes d'exclusion ou de destitution : 1° la condamnation à une peine afflictive ou infamante (443) ; — 2° l'inconduite notoire ; — 3° l'incapacité ; — 4° l'infidélité (444). — A ces causes il faut ajouter : 5° la condamnation à une peine correctionnelle prononcée contre les personnes coupables d'avoir excité, favorisé ou facilité habituellement la prostitution ou la corruption des mineurs (335 C. P.); — 6° l'interdiction à temps de certains droits civils (9 et 42 C. P.).

Mais les tribunaux peuvent restreindre cette interdiction soit au droit de tutelle, soit au droit de suffrage.—Dans tous les cas, les père et mère qui l'ont encourue peuvent être nommés, par le conseil de famille, tuteurs de leurs enfants.

L'exclusion ou la destitution a lieu de plein droit dans le premier cas; elle peut être prononcée par le conseil de famille dans les deuxième, troisième et quatrième ; elle doit résulter d'une décision judiciaire dans les deux derniers.

Si les circonstances dont il s'agit sont connues à l'époque de l'ouverture de la tutelle, elles opèrent l'*exclusion ;* si elles surviennent ou ne sont connues que depuis l'entrée en gestion, elles donnent lieu à la *destitution.* —Ainsi, on *exclut* le tuteur quand il n'est pas encore entré en fonctions; on le *destitue* lorsqu'il est en exercice.

L'*exclusion* est principalement relative aux tutelles légitimes ou testamentaires; car, dans la tutelle dative, le conseil de famille se borne à ne pas nommer la personne.

On ne peut admettre d'autres causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution que celles qui sont prévues par la loi ; les articles que nous allons examiner sont limitatifs : par exemple, un parent ne peut être exclu d'un conseil de famille pour cause d'*inconduite notoire*, car cette cause d'exclusion n'existe que pour la tutelle; il faudrait, pour cela, que l'inconduite eût motivé la destitution d'une tutelle (445)(1).

De même, la mère tutrice qui perd la tutelle pour s'être remariée sans avoir accompli l'obligation qui lui est imposée par l'article 395, peut et doit être membre du conseil de famille (2).

Le père, comme tout autre, peut être exclu ou destitué soit de la tutelle, soit de l'administration légale (3).

Causes d'incapacité.

442 — Ne peuvent être tuteurs, ni membres des conseils de famille :

1° Les mineurs, excepté le père ou la mère ;

2° Les interdits ;

3° Les femmes, autres que la mère et les ascendantes;

4° Tous ceux qui ont, ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune, ou une partie notable de ses biens, sont compromis (4).

(1) Merlin, v° Tutelle, § 3, art. 3, n° 7, sect. 2; Toullier, n° 1170; Favard, 1845, § 8; Chardon, Puiss. tutélaire, n° 306. — Cass., 13 octobre 1817, S., 17, 1, 473 ; Besançon, 26 août 1808 ; D., t. 12, p. 718, n° 1; Rennes, 14 février 1810, 30 mai 1831, et Bourges, 20 germinal an XIII; Paris, 7 floréal an XIII; D., t. 12, p. 713, n° 5; Caen, 15 janvier 1811. — *Voy.* cep. Dur., n° 505.

(2) Zach., t. 1er, § 93, n° 21; — Bruxelles, 30 mai 1810, Dev. Pal.

(3) Toulouse, 18 mai et 25 novembre 1830; S., 32, 2, 470; 31, 2, 246, Dev. Pal.

(4) Le 4e alinéa de l'article 442 étend la signification du mot *incapacité* : un procès, en effet, ne constitue pas une incapacité.

= Notre article détermine quatre causes d'incapacité :

1° *La minorité.* — Ceux qui ont eux-mêmes besoin de protection ne sauraient avoir personne sous leur dépendance : il n'y a point lieu de distinguer entre le mineur émancipé et celui qui est en tutelle ; le texte est absolu : on peut, sans de graves inconvénients, remettre au mineur émancipé le soin de gérer sa fortune personnelle, car les conséquences de ses fautes n'atteindront, en définitive, que lui ; mais le charger d'administrer une tutelle, ce serait lui attribuer pour autrui des droits qu'il n'aurait point pour lui-même. Nous verrons, en effet, que les pouvoirs du tuteur sont plus étendus que ceux du mineur émancipé. (Comp. art. 450, 464, 465, 481, 482 et 840 ; Valette sur Proudhon, p. 342.)

Néanmoins, la loi fait exception à cette règle en faveur des père et mère, sans doute à raison de la garantie que présente l'affection qu'ils doivent à leurs enfants. — Nous examinerons plus loin la question de savoir s'il convient, sous ce rapport, de placer les père et mère naturels sur la même ligne que les père et mère légitimes.

Quelles sont les attributions des père et mère mineurs ? On s'accorde à restreindre leurs pouvoirs comme tuteurs aux actes qu'ils auraient la capacité de faire pour eux-mêmes sans l'assistance de leur curateur. S'il s'agissait, par exemple, de défendre à une action immobilière, de recevoir le remboursement d'un capital mobilier et d'en donner quittance, la présence du subrogé tuteur de l'enfant serait indispensable (1), bien que le tuteur ordinaire ait qualité pour faire seul ces sortes d'actes.

Dans les divers cas où l'autorisation du conseil de famille est requise pour un acte de tutelle, il va de soi que c'est le conseil de famille du pupille qu'il faut convoquer, et non celui du père ou de la mère encore mineurs. (Demolombe, n° 466 ; Valette sur Proudhon, p. 343.)

2° *L'interdiction.* — Les interdits étant privés de l'exercice de leurs droits civils et placés sous la puissance d'autrui (489), on ne peut leur conférer l'administration d'une tutelle.

Que doit-on décider à l'égard des personnes qui sont soumises à un conseil judiciaire ? Demolombe, n° 468, les déclare capables (sans distinction de cause) : « Il s'agit, dit-il, d'une incapacité ; par conséquent, d'une règle de droit étroit ; or, la loi parle seulement de l'interdit (2). » — Nous pensons, au contraire, qu'il faut, en cette matière, appliquer aux individus placés sous la dépendance d'un conseil judiciaire l'exclusion prononcée contre l'interdit, que ce conseil ait été nommé en vertu de l'article 499, sur une demande d'interdiction, ou sur une action directe pour cause de prodigalité (513) : au premier cas, la personne désignée ne jouit plus du libre exercice de ses droits ; sa position est, sous beaucoup de rapports, semblable à celle du mineur émancipé (*voy.* art. 481-484). — Au deuxième cas, il y a inconduite notoire, et par conséquent cause d'exclusion ou de destitution (arg. de

(1) Dur., n° 502, t. 3 ; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 345 ; Duvergier sur Toullier, t. 1er, n° 1161 ; Demolombe, n° 465.

(2) Caen, 15 janvier 1811 ; Bruxelles, 20 janvier 1812, Dev. Pal.

l'article 444) (1). Ce dernier fait s'établira par la représentation d'un extrait du jugement (513). Assurément, le prodigue peut être homme d'honneur, mais, enfin, cela ne suffit pas ; de graves présomptions d'incapacité s'élèvent contre l'homme qui a dissipé follement ses biens. (*Voy.* cep. Valette sur Proudhon, p. 346.)

La loi garde le silence sur les personnes qui, sans être ni interdites ni soumises à un conseil judiciaire, se trouvent néanmoins dans un état d'affaiblissement intellectuel qui ne leur permet pas d'administrer leurs biens : que décider à leur égard ? Le conseil de famille appréciera ; il serait par trop rigoureux de placer une famille dans la nécessité de révéler au public, par des poursuites en interdiction, l'état d'infirmité de l'un de ses membres, fait qu'elle peut avoir intérêt à cacher (2).

3° *Le sexe.*—Pour les femmes (filles ou veuves), le sexe est un incapacité ; pour la mère et les ascendantes, il ne constitue qu'une excuse. — La mère est tutrice de droit (390) ; mais elle peut refuser la tutelle (394). Les ascendantes sont seulement relevées de l'incapacité qui frappe les femmes en général. —Notons ici, à propos de la tutelle déférée aux femmes, que l'épouse peut être tutrice de son mari interdit (507).

La mère qui a refusé la tutelle, ou l'ascendante qui s'est pourvue contre la délibération du conseil qui l'investit de cette charge, est tenue, comme tout autre, d'administrer jusqu'à ce qu'un nouveau tuteur ait été nommé (393-440).

Maintenant, demandons-nous pourquoi les femmes en général sont déclarées incapables? Quelques auteurs donnent pour raison que la tutelle est une charge au-dessus de leurs forces : mais alors pourquoi la mère et les ascendantes se trouveraient-elles exceptées ? D'ailleurs, dans notre droit, les femmes sont, aussi bien que les hommes, capables des actes de la vie civile : il faut donc chercher un autre motif. Demolombe, n° 470, nous paraît avoir saisi la pensée du législateur : « La loi n'a pas cru, dit cet auteur, pouvoir enlever une femme à ses devoirs de famille et à cette réserve d'habitudes que son sexe lui commande, pour la charger d'une mission presque publique pour laquelle son aptitude est généralement très-douteuse. On a craint, en outre, qu'elle ne se laissât dominer par des influences dangereuses. » (*V.* aussi Valette sur Proudhon, p. 344.)

Quant à la mère (390) et aux ascendantes (401), elles ne sont appelées que par égard pour leur caractère, et en considération de la garantie que présente l'affection qu'elles sont présumées porter à l'enfant.

4° *L'opposition d'intérêts.* — La loi déclare incapables tous ceux qui ont, ou dont les père et mère ont avec le mineur un procès actuellement engagé (3), dans lequel l'état de ce mineur (par exemple, si on lui conteste la qualité d'enfant légitime), sa fortune, ou une *partie notable* de ses biens, sont compromis ; parce qu'il serait dangereux de

(1) Demolombe, n° 469; — Cass., 5 mai 1842, Dev., 1842, 1, 493.
(2) Dur., t. 3, n° 503; Chardon, p. 340.
(3) Pau, 21 juin 1825, Pal. Dev.; Rennes, 30 mai 1831, Pal.

placer le tuteur dans l'alternative d'avoir à opter entre ses devoirs et ses intérêts.

Remarquez ces mots : une *partie notable :* toute espèce d'opposition d'intérêts ne suffit donc pas ; il faut, pour créer une incapacité, que le procès ait une haute importance. Les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la nature de la contestation, et décider si elle rentre dans les prévisions de l'article 442 (1).

Du reste, cette expression : *tous ceux...*, comprend, dans sa généralité, les ascendants même au degré de père ou de mère.

Parmi les causes d'incapacité que nous venons d'examiner, il en est deux : l'*interdiction* et le *procès existant*, qui peuvent se présenter pendant la tutelle. — En cas d'interdiction, il y a lieu de révoquer le tuteur. — S'il survient un procès, le subrogé tuteur prend, en vertu de l'article 420, les intérêts du mineur.

—Le quatrième alinéa de l'art. 442 est-il limitatif ? en d'autres termes, l'incapacité du tuteur se trouve-t-elle restreinte au cas de litige entre le mineur, d'une part, et le tuteur ou ses père et mère, d'autre part ? ∽ Quelques auteurs enseignent, que la loi donne seulement ici quelques exemples et qu'il faut étendre son application même au cas où le procès existerait soit entre le mineur et l'enfant ou le conjoint du tuteur, soit entre le tuteur et le père ou la mère du mineur : les mêmes raisons de décider se présentent, disent-ils ; l'opposition existe ; l'inimitié sera la même : d'ailleurs il ne s'agit, après tout, que d'une mesure de précaution (2). ∽ Nous appliquerons néanmoins ici la règle fondamentale : *Odia restringenda.* Sans doute, il peut y avoir lacune dans la loi ; mais l'interprétation ne doit pas y suppléer. D'ailleurs l'analogie n'existe réellement pas : nous comprenons que le législateur ait dû voir une cause d'incapacité dans le procès existant entre le mineur et le père ou la mère du tuteur; car ce dernier étant héritier présomptif de ses père et mère, l'affaire lui devient propre par cela même : mais l'identité d'intérêt ne se présente pas au même degré, lorsque le procès se trouve engagé avec l'enfant ou même avec le conjoint du tuteur ; en effet, d'une part, dans l'ordre des probabilités, un père, bien qu'héritier présomptif de son fils, ne doit pas lui succéder ; — d'autre part, le conjoint n'est appelé dans l'ordre des successions qu'à défaut de parents au douzième degré (755 et 767). — Toutefois, nous excepterons le cas où le litige serait de nature à porter atteinte aux stipulations matrimoniales faites par le conjoint tuteur; ce dernier se trouvant alors avoir un intérêt contraire à celui du mineur, il y aurait lieu de lui faire application de l'article 442 4°. — Si nous supposons que le procès existe entre le tuteur et les ascendants du mineur, il est bien plus difficile encore de découvrir une cause d'incapacité : en quoi l'existence dn mineur gênera-t-elle les père et mère dans leurs moyens de défense ? Tout au plus pourrait-on étendre la disposition au cas où le tuteur serait héritier présomptif de l'adversaire de l'enfant ; par exemple, si c'était l'oncle du tuteur qui eût un procès avec le mineur : mais dans cette hypothèse même, l'identité d'intérêt, ne se présenterait pas nécessairement ; car le neveu n'a pas de réserve sur les biens de l'oncle (913 et 916).— Au surplus, nous le répétons, les règles exorbitantes doivent se restreindre dans leurs termes : si nous sortons des limites que la loi a tracées, il n'y a plus de raison pour s'arrêter : par exemple, il faudrait admettre l'incapacité

(1) Cass., 30 avril 1834, Pal.

(2) Delv., p. 107, n° 2; Dur., n° 505; Zach., t. 1er, p. 210; Malleville.

dans tous les cas où le procès aurait lieu avec une personne dont le tuteur serait héritier présomptif même au douzième degré, en sorte qu'au lieu de deux causes d'incapacité, nous en aurions un nombre infini : assurément, telle n'a pu être la pensée du législateur.—Si en fait l'opposition d'intérêts paraît grave, le conseil de famille, dûment convoqué, chargera le subrogé tuteur de suivre le procès. (Arg. de l'art. 420.) (1). — Duranton s'appuie, pour soutenir l'opinion contraire, sur des textes romains; mais ces textes ne peuvent avoir chez nous qu'une autorité de raison.

Les père et mère naturels, encore mineurs et non émancipés, peuvent-ils être investis de la tutelle dative? ∿ Incapables d'administrer leur propre fortune, comment admettre qu'ils puissent être chargés d'administrer celle d'autrui? En faisant exception, pour les père et mère, à la règle générale qui déclare les mineurs incapables d'être tuteurs, l'article 442 suppose qu'ils ont pour eux la légitimité du lien. (Valette sur Proudhon, p. 343.)

Les ascendantes encore mariées ou remariées peuvent-elles être nommées tutrices? ∿ Pendant la durée de son mariage, l'ascendante, disent les uns, ne peut faire partie du conseil de famille (442 et 445); comment admettre qu'elle puisse être appelée à la tutelle? Il faut nécessairement supposer qu'elle est veuve non remariée.— Au surplus, cette question s'élèvera bien rarement; car, si le nouveau mari est digne de confiance, le dernier mourant des père et mère, ou le conseil de famille, ne manqueront pas de lui conférer la tutelle. ∿ D'autres, moins rigoureux, décident que la nomination produira son effet si le mari a autorisé sa femme à accepter, mais que l'autorisation de justice ne suffirait pas : en effet, disent-ils, si la femme est tutrice, le mari deviendra nécessairement cotuteur (396); or, quelle garantie présente celui qui a refusé son autorisation? ∿ Suivant une troisième opinion, la justice peut donner une autorisation valable quand le mari l'a refusée. (Arg. de l'art. 219; Dur., no 442.) ∿ Enfin quelques personnes décident que l'ascendante peut être nommée *seule* tutrice; que son mari n'est pas nécessairement cotuteur; elles donnent pour raison que l'article 442 3o ne distingue pas si l'ascendante veuve est ou n'est pas remariée. ∿ Nous sommes disposé à penser que les rédacteurs n'ont songé qu'aux ascendantes *veuves :* toutefois, comme les termes de l'article 442 sont généraux et absolus, il faut admettre qu'on peut les nommer, mais sous cette condition, fondée sur l'esprit de l'art. 396, qu'on nommera leur mari cotuteur. Il serait d'autant plus contradictoire de refuser à la femme remariée le titre de tutrice, en nommant son mari cotuteur, qu'aux termes de l'article 507, elle peut être nommée tutrice de son mari interdit. (Demolombe, no 472.)

Causes d'exclusion et de destitution.

L'exclusion ou la destitution a lieu de plein droit lorsque le tuteur est condamné à une peine afflictive ou infamante (442). — Elle peut être prononcée par forme de peine, en cas de dégradation civique (34 C. pén.). — Enfin, le conseil de famille est appelé à statuer, lorsqu'elle a pour cause l'inconduite notoire du tuteur, son incapacité ou une infidélité dans sa gestion (444 C. civ.).

(1) Toullier, no 1171, t. 2; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 345; Demolombe, no 476; Merlin, Rép., vo Tutelle, sect. 2, § 5, art. 3, no 7; Favard, vo Tutelle, § 8, no 26; Chardon, Puissance tutélaire, no 506.

Les mêmes causes qui entraînent l'exclusion donnent lieu à destitution, lorsqu'elles surviennent pendant la tutelle.

Mais l'exclusion, à la différence de l'incapacité, ne peut guère concerner que les tuteurs légitimes et les tuteurs testamentaires : lorsqu'il y a lieu à la tutelle dative, on se borne à ne pas nommer celui qui est dans un cas d'indignité. — Quant à la destitution, elle s'applique à tout tuteur, quel qu'il soit, légitime, testamentaire ou datif (1).

Le père ou la mère peuvent, comme tous autres tuteurs, être exclus ou destitués pour cause d'incapacité ou d'inconduite (2).

Celui qui a été exclu ou destitué d'une tutelle ne peut faire partie d'un conseil de famille.

L'exclusion, comme la destitution, est prononcée par le conseil de famille ; mais, au préalable, il faut entendre le tuteur. — S'il est maintenu, on le considère comme ayant reçu une investiture nouvelle; or, les délibérations relatives à cette matière sont irrévocables; — s'il ne l'est pas, le conseil nomme un nouveau tuteur séance tenante; alors on distingue : si le tuteur exclu ou destitué adhère à la délibération, ce dernier entre immédiatement en fonctions. — Au cas contraire, le subrogé tuteur poursuit l'homologation. — Le tuteur lui-même a le droit de se pourvoir contre la décision du conseil de famille; mais, par exception, il doit diriger sa demande contre le subrogé tuteur.

443 — La condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte de plein droit l'exclusion de la tutelle. Elle emporte de même la destitution, dans le cas où il s'agirait d'une tutelle antérieurement déférée.

= La loi repousse l'homme qui a été condamné à une peine afflictive ou infamante, parce qu'il ne présente plus aucune garantie morale : en ce cas, l'exclusion ou la destitution a lieu de plein droit, c'est-à-dire, par la seule force de la loi, indépendamment de toute décision du conseil de famille. Ces sortes de condamnations emportent la dégradation civique (28, 34 et 35 C. pén.); leurs effets sont perpétuels, à moins que le condamné n'ait été réhabilité (633 Inst. crim.).

Toutefois, la rigueur de la règle est atténuée en faveur des père et mère : aux termes de l'art. 344 C. pén., l'individu frappé de dégradation civique peut être nommé, par le conseil de famille, tuteur, subrogé tuteur, curateur, ou conseil judiciaire de ses propres enfants. — Mais alors ce n'est plus le cas d'une tutelle légitime; en réalité, la tutelle est dative.

Sous la dénomination d'enfants, nous n'hésitons pas à comprendre également les petits-enfants (914 C. civ.) ; car il y a même raison (3).

(1) Zach., p. 244; Magnin, t. 1er, p. 314; Dur., n° 352; — Toulouse, 18 mai 1832; Cass., 17 février 1835, Pal.; Lyon, 30 novembre 1837, Pal., 1838, 2, 215; Bordeaux, 8 août 1845, Pal., 1846, 2, 15.

(2) Besançon, 4 août 1808; Riom, 4 fructidor an XII, Dev. Pal.

(3) Demolombe, n° 483. *Voy.* cep. Chardon, Puiss. tut., n° 358, t. 3.

L'art. 335 C. pén. prononce également l'exclusion temporaire de toute tutelle ou curatelle et de toute participation aux conseils de famille, contre quiconque a attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de 21 ans.

Les tribunaux, jugeant correctionnellement, peuvent, dans certains cas déterminés, interdire au condamné l'exercice des droits de tutelle, de vote et de suffrage dans les délibérations de famille (42 C. pén.).

Les causes d'exclusion ou de destitution s'appliquent à toute espèce de tutelle : mais il faut observer que si c'était le survivant des père et mère qui eût encouru la destitution, les droits résultant de la puissance paternelle ne seraient pas anéantis pour cela ; car cette autorité peut être séparée de la tutelle : il perdrait l'administration des biens, mais il conserverait la jouissance légale, le droit de correction et celui d'administration de la personne du mineur (384), sauf le cas où il aurait été frappé en vertu des articles 335 et 42 C. pén.—(Toullier, 1170; Dur., n° 656; Proudhon, p. 207, t. 2. *Voy.* cep. Delv., p. 119, n° 5.)

444 — Sont aussi exclus de la tutelle, et même destituables, s'ils sont en exercice :

1° Les gens d'une inconduite notoire (1);

2° Ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité (2).

=Le mot *inconduite* est pris ici dans une double acception : il s'applique non-seulement aux personnes qui manquent d'ordre dans leurs affaires, tels que les banqueroutiers ou les individus soumis à un conseil judiciaire; mais encore aux personnes dont les mœurs sont dissolues : par exemple, à celles qui ont été condamnées en police correctionnelle, pour des actions scandaleuses; au père qui, vivant avec une concubine, a reconnu les enfants qu'elle a mis au monde : le tuteur, en effet, doit non-seulement gérer convenablement les affaires du mineur, mais encore lui donner de bons exemples. Les tribunaux ont sur ce point un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (Magnin, n° 394) (3).

Toutefois, afin de prévenir les abus que l'on pourrait faire de cette disposition, en se permettant une inquisition diffamatoire, la loi exige que l'inconduite soit *notoire*, c'est-à-dire, connue d'un grand nombre de personnes; qu'elle fasse l'objet de l'attention publique (Demolombe, n° 486) (4).

(1) Mais cette cause ne pourrait faire exclure du conseil de famille. (Arg. de l'art. 445 (Val.); — Cass., 13 octobre 1817, S., 17, 1, 473.)

(2) On conçoit très-bien que le tuteur puisse être destitué à raison de son incapacité ou de son infidélité; mais comment comprendre que ces causes puissent motiver l'exclusion? La loi suppose qu'il a déjà été investi d'une autre tutelle ou d'une gestion quelconque.

(3) Locré, p. 166; — Bruxelles, 22 juin 1827, Dev. Pal.

(4) Aix. 24 août 1809; Cass., 12 mai 1850, Dev. Pal.

D'où il faut conclure : 1° que le conseil ne doit pas chercher à pénétrer la conduite secrète du tuteur ; 2° que des faits isolés ne suffiraient pas pour caractériser l'inconduite notoire (1).

Lorsque le tuteur refuse d'adhérer à la délibération, le tribunal devant lequel est poursuivie l'homologation peut ordonner une enquête. —Cette enquête ne portera pas sur la réalité des faits articulés, mais sur la notoriété de l'inconduite.

Sont aussi destituables, ceux dont la gestion attesterait l'*incapacité* ou l'*infidélité* : — l'*incapacité* résulte de l'inexpérience, de l'inaptitude ; l'*infidélité* résulte de l'indélicatesse, de l'improbité.

L'incapacité ne peut être placée au rang des causes honteuses d'exclusion, que lorsqu'elle est attestée par une administration ruineuse ; car, en fait, l'exclusion emporte une flétrissure que ne justifierait pas le défaut d'intelligence. — Ainsi, la faillite du tuteur peut être une cause d'exclusion, si elle provient d'une mauvaise administration ; ce qui ne veut pas dire qu'elle suffise par elle-même pour donner lieu à destitution. —Au reste, presque toujours, en pareil cas, on demandera au tuteur de se démettre.

L'incapacité ou l'infidélité peut exister relativement à la personne du mineur, ou relativement à ses biens.

Il y aurait *incapacité*, savoir : quant à la personne, si le tuteur laissait le mineur exposé à des séductions dangereuses, ou même s'il ne dirigeait pas convenablement son éducation ; — quant aux biens, s'ils étaient mal administrés.

Il y aurait *infidélité* : quant à la personne, s'il manquait vis-à-vis du mineur aux convenances ou aux devoirs qu'il s'est imposés, lors même qu'il ne se trouverait pas dans un cas d'inconduite notoire ; — quant aux biens, s'il commettait des malversations, ou même s'il n'était pas économe.

Nous ajouterons aux causes d'exclusion ou de destitution qui résultent de l'article 444, celle prononcée par l'article 421 contre le tuteur qui s'est immiscé dans la gestion sans avoir fait nommer un subrogé tuteur, lorsqu'on lui reproche des faits de dol.

— La destitution ne peut-elle avoir lieu qu'autant que le tuteur s'est rendu coupable d'infidélité dans la tutelle dont il s'agit ? — Il suffit qu'elle ait été remarquée dans une autre tutelle (arg. des termes de l'art. 444), ou dans une autre administration.—Le mot *gestion* est employé ici dans toute sa généralité ; de même, l'expression *incapacité* — s'entend par rapport au patrimoine d'autrui et au patrimoine personnel de celui qu'on veut exclure ; par exemple, une faillite antérieure pourrait être une cause d'incapacité; le conseil de famille apprécierait : — ce sont là des questions de fait (2). (Demolombe, n° 491.)

Doit-on considérer comme une cause d'exclusion la défense que le père ou la mère aurait faite de donner à leurs enfants tel individu pour tuteur ? — Cette cir-

(1) Aix, 24 août 1809; Cass., 12 mai 1830; Bordeaux, 15 pluviôse an XIII, Dev. Pal.

(2) Demolombe, n°s 491 et suiv.; — Toulouse, 18 mai 1832, Dev., 1832, 2, 470 Pal.; Caen, 25 juin 1832; Bruxelles, 14 août 1833, Dev., 1834, 2, 683.

constance n'est pas mise par le Code au nombre des causes d'exclusion. (Toullier, nº 1167.)

Quid en cas de faillite ou d'insolvabilité? ∾ Ce ne sont point là des causes d'exclusion : un failli peut être honnête homme. (Delv., p. 119, nº 8; Magnin, nºs 411 et suiv.; — Bruxelles, 14 août 1833, S., 33, 2, 683.)

445 — *Voyez* page 392.

446 — Toutes les fois qu'il y aura lieu à une destitution de tuteur, elle sera prononcée par le conseil de famille, convoqué à la diligence du subrogé tuteur, ou d'office par le juge de paix.

Celui-ci ne pourra se dispenser de faire cette convocation, quand elle sera formellement requise par un ou plusieurs alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches.

= Lorsqu'il s'agit de nommer un tuteur, les créanciers ou autres parties intéressées ont qualité pour requérir la convocatiou du conseil de famille : il leur importe que le mineur ait un défenseur légal (406). — Mais la loi ne les comprend point parmi les personnes qui peuvent provoquer la destitution du tuteur; car ils n'ont pas d'intérêt. Cette dernière faculté est restreinte aux parents ou alliés du mineur au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches, et au subrogé tuteur. — Le repos des familles s'oppose a ce qu'elle soit étendue à des parents plus éloignés, car on ne trouve plus dans leur affection de suffisantes garanties. Seulement, ils peuvent éveiller la sollicitude du juge du paix, qui, dans tous les cas, a qualité pour agir d'office.

Bien que le cas de destitution soit seul prévu dans cet article, il faut appliquer la règle au cas d'exclusion, c'est-à-dire que, pour attaquer la délibération, il faut être tout au moins parent au degré de cousin germain.

— Le subrogé tuteur, ou le parent qui a provoqué la destitution (882 Pr.), peut-il voter dans le conseil de famille convoqué à ce sujet? ∾ Membre du conseil de famille, il a voix délibérative, à moins qu'un texte spécial ne le lui interdise; or, ce texte n'existe pas. — On ne peut appliquer ici l'article 495, et cela pour trois raisons : 1º parce que l'interdiction a des effets bien plus importants que la destitution; 2º parce qu'on ne peut supposer au subrogé tuteur aucune vue d'intérêt personnel; 3º parce que le subrogé tuteur remplit ici un ministère forcé : c'est la loi elle-même qui l'oblige à faire connaître son opinion. — Le juge de paix aussi peut, d'office, provoquer la destitution du tuteur : en conclura-t-on qu'il ne peut voter? — Au surplus, l'article 426 présente une raison péremptoire : dans le texte il n'est parlé que du tuteur; donc, le subrogé tuteur peut voter *odia restringenda.*

447 — Toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur, sera motivée, et ne pourra être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur.

= Cette disposition s'explique, si l'on considère que l'exclusion ou la destitution est une sorte de peine prononcée par le conseil de famille contre le tuteur. — L'avis de chacun des membres doit être mentionné au procès-verbal, conformément à la règle de l'article 883 Pr. (1).

La délibération par laquelle le conseil de famille, dûment convoqué, déclare qu'il n'y a pas lieu de conserver la tutelle à la mère qui veut se remarier, n'est pas motivée (395); mais ce n'est point là une modification du principe de l'article 447, puisqu'il ne s'agit plus d'une exclusion (2).

448 — Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait mention, et le nouveau tuteur entrera aussitôt en fonctions.

S'il y a réclamation, le subrogé tuteur poursuivra l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, qui prononcera sauf l'appel.

Le tuteur exclu ou destitué peut lui-même, en ce cas, assigner le subrogé tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle.

= Lorsqu'il y a lieu de prononcer la destitution du tuteur, le conseil de famille peut être convoqué à la réquisition du subrogé tuteur, des parents ou alliés du mineur, ou d'office par le juge de paix (446).

Après avoir délibéré sur les allégations proposées, si le conseil pense qu'elles sont assez graves pour motiver l'exclusion ou la destitution du tuteur, le juge de paix fixe, eu égard aux délais prescrits par l'art. 439, le jour où ce dernier devra comparaître pour se défendre : à cet effet, il lui est donné citation, soit à la diligence du juge de paix, soit à la requête de la personne qui poursuit la destitution (Locré).

Si le tuteur est maintenu, la décision du conseil est inattaquable; car elle équivaut à une confirmation : or, la délibération qui nomme le tuteur est exécutoire sans homologation. — On ne peut donc étendre à cette hypothèse la règle de l'article 883 Pr. (*Voy.* cep. Toullier, n° 1160.)

Si l'exclusion ou la destitution est au contraire prononcée, le conseil procède sur-le-champ à la nomination d'un nouveau tuteur, sans s'arrêter au parti que le tuteur exclu ou destitué croira devoir prendre ultérieurement (3).

Trois hypothèses peuvent alors se présenter :

1° Le tuteur adhère à la délibération;

2° Il réclame, sans exercer néanmoins de recours direct;

3° Il intente lui-même l'action récursoire.

(1) Cass., 11 août 1818, Dev. Pal.

(2) Demolombe, n° 377; Zach., t. 1er, p. 245; Valette sur Proudhon; Toullier, n° 1135; Delv., p. 116, n° 8; Magnin, n° 418; — Rennes, 14 février 1810, S., 1812, 2, 424; Rouen, 17 novembre 1810, S., 11, 2, 86; Cass., 12 mai 1830, S., 30, 1, 326, Dev. Pal.

(3) Bordeaux, 15 pluviôse an XIII, Dev. Pal.; — Merlin, Rép., v° Motifs de jug., n° 20.

Au premier cas, il est fait au procès-verbal mention de l'adhésion, et le nouveau tuteur entre aussitôt en fonctions (1). — On agira prudemment, en interpellant le tuteur remplacé sur ses intentions, et même en exigeant sa signature, bien que cette mesure ne soit pas prescrite; car la question de savoir si l'adhésion peut être tacite présente des doutes : en effet, d'une part on trouve dans l'article 448 ces mots : *si le tuteur adhère à la délibération;* ce qui suppose une adhésion expresse. — D'autre part, le deuxième alinéa commence par ceux-ci : *s'il y a réclamation;* ce qui semble admettre une adhésion tacite résultant du silence. Il importe d'autant plus d'obtenir une réponse immédiate, que l'entrée en fonctions du nouveau tuteur est subordonnée à l'adhésion de celui que le conseil a frappé (Locré sur l'article 448; Zach., p. 245) (2).

Au deuxième cas, l'homologation est poursuivie par le subrogé tuteur dans le délai fixé par le conseil, et, à défaut de fixation, dans le délai de quinzaine. — S'il ne fait aucune diligence, l'un des membres de l'assemblée peut saisir le tribunal, aux frais du subrogé tuteur, sans répétition (arg. de l'art. 887) (3).

Le nouveau tuteur ne peut commencer à administrer qu'après l'homologation de la délibération du conseil de famille (4).

Le subrogé tuteur qui poursuit l'homologation doit-il appeler devant le tribunal le tuteur exclu ou destitué? Il est conforme au vœu de la loi que le tuteur puisse, dans une matière qui touche à son honneur, présenter ses moyens de défense (arg. des articles 447 et 448 comb.). D'ailleurs un débat réel s'élève entre lui et le subrogé tuteur, ou un membre du conseil de famille; par conséquent, la cause doit être jugée dans la forme ordinaire (5). — Le doute à cet égard n'est pas même permis, lorsque le tuteur a declaré, par acte extrajudiciaire, s'opposer à l'homologation (arg. de l'article 888 Pr.). — On invoquerait vainement les articles 885 et 886 Pr. : ces articles ne statuent que sur les intérêts pécuniaires du mineur.

Au troisième cas, le tuteur qui se porte demandeur doit, aux termes de notre article, diriger son action contre le *subrogé tuteur* (6). — Ainsi, le Code civil prescrit pour ce cas particulier un mode de procéder autre que celui qui résulte de l'article 883 Pr. : en effet, ce dernier article veut que les poursuites soient dirigées contre les membres qui

(1) Carré sur l'article 883 Pr.; — Liège, 17 mars 1831, Pal.

(2) Zach., t. 1er, p. 245· Demolombe, nos 306 et 307; — Bruxelles, 18 juillet 1810; Angers, 29 mars 1821, Dev. Pal.

(3) Bruxelles, 12 novembre 1830, Dev. Pal.; Cass., 14 juin 1842, Dev., 1842, 1, 742.

(4) Zach., t. 1er, p. 245; Demolombe, nos 306 et 307; — Orléans, 18 prairial an XII; Bruxelles, 18 juillet 1810; Angers, 29 mars 1821, Dev. Pal.

(5) Bruxelles, 12 novembre 1830, Pal. Dev.

(6) Demolombe, no 503; — Montpellier, 3 décembre 1841, Dev., 1842, 2, 27; Orléans, 12 janvier 1850, D., 1850, 2, 60. *Voy.* cep. Nîmes, 8 juillet 1834, D., 1835, 2, 85, Pal., et Rennes, 19 mars 1844, Pal., 1844, 2, 335.

ont été d'avis de la délibération; tandis qu'aux termes de l'art. 448 C. C., c'est le subrogé tuteur qu'il faut assigner.

Quelques auteurs pensent que le Code de procédure déroge sous ce rapport au Code civil : suivant eux, le tuteur qui attaque la délibération est tenu de poursuivre à la fois le subrogé tuteur et les membres du conseil de famille dont l'opinion a prévalu (1). — D'autres accordent au tuteur la faculté de suivre à son choix la règle de l'article 448 C. C., ou celle de l'article 883 Pr. (2). — Mais Duranton, nos 476 et 514, fait remarquer avec raison qu'il s'agit ici d'une disposition spéciale, disposition que n'a pu modifier par conséquent la règle générale de l'article 883 : *Specialia generalibus derogant.* — La faculté que l'article 449 C. civ. accorde aux membres du conseil qui ont requis la convocation, d'intervenir dans l'instance, suffirait au besoin pour établir que le tuteur n'a pas le droit de prendre à partie les membres de l'assemblée.

Demandons-nous d'ailleurs quelle a été la pensée du législateur? Il a considéré :

1° Que, dans une matière aussi grave, il importait d'assurer aux membres du conseil de famille une entière indépendance, et que ce but ne serait pas atteint, s'ils pouvaient être recherchés à raison de l'avis qu'ils auraient émis; c'est même dans cette vue qu'elle constitue le subrogé tuteur mandataire spécial du conseil, pour défendre à l'action du tuteur exclu ou destitué;

2° Que ce n'est point l'intérêt de l'enfant qui se trouve engagé dans le cas de l'article 448, mais celui d'un homme qui demande l'annulation d'une décision qui le frappe dans son honneur (3).

L'art. 883 Pr. n'est donc pas applicable en cette matière.

Maintenant, par qui seront supportés les frais? par le tuteur, s'il succombe; cela n'est pas douteux. — Mais *quid*, si le tribunal réforme la délibération? Duranton, n° 514, t. 3, et Zach., t. 1er, p. 246, décident qu'il faut appliquer, en ce cas, par analogie, la règle de l'art. 441, c'est-à-dire, qu'il est facultatif au tribunal de mettre les frais de l'instance à la charge des membres du conseil de famille qui ont été d'avis de l'exclusion ou de la destitution. — Demolombe, n° 505, pense que les membres appelés en cause peuvent seuls être condamnés. Cette restriction nous paraît fondée en droit et en raison : comment admettre, en effet, que le tribunal puisse frapper d'une condamnation, les personnes qui n'ont pas figuré dans l'instance? Vainement objectera-t-on que le subrogé tuteur représente le conseil de famille : il représente,

(1) Demiau, p. 587; Toullier, nos 1177 et 1178; Chauveau sur Carré, Quest., n° 2997.

(2) Proudhon, t. 2, art. 448; Chardon, p. 34.

(3) Dur., nos 476 et 541; Demolombe, nos 344 et 504; Carré, Quest., n° 2997; Favard, Avis de parents, n° 3; Berriat, t. 2, p. 679; Duvergier sur Toullier, n° 1178; Zach., t. 1er, p. 199; Thomine, n° 1039; Rodière, Pr., p. 349; — Liège, 17 mars 1831, D., 1833, 2, 226; S., 1834, 2, 118, Pal. *Voy.* cep. Proudhon, p. 350.

assurément, l'être moral, mais il ne représente pas chaque membre de l'assemblée pris individuellement; il n'a pas reçu d'eux la mission spéciale de défendre en leur nom.

Le tuteur qui n'adhère pas à la délibération reste en fonctions jusqu'au jugement à intervenir (arg. de l'article 440): ainsi, le recours a un effet suspensif, du moins en règle générale. Le premier alinéa de l'art. 448, en effet, n'autorise le nouveau tuteur à entrer aussitôt en fonctions, que lorsque le tuteur exclu ou destitué adhère à la délibération (1).

Du reste, nous n'hésitons pas à décider que le tribunal pourrait, si l'intérêt du mineur l'exigeait, ordonner l'exécution provisoire de la délibération (arg. de l'art. 135 6° Proc.).

Il nous semble résulter des articles 448 et 449 C. civ. et 883 Pr. combinés, que les membres dissidents peuvent, lorsque l'exclusion ou la destitution n'a pas été prononcée à l'unanimité, actionner le subrogé tuteur pour faire déclarer le tuteur maintenu dans la tutelle. — Peut-être devrait-on aller jusqu'à dire qu'ils jouiraient de ce droit, quand même le tuteur aurait adhéré à la délibération, s'il arrivait que cette adhésion lui eût été arrachée par surprise. — L'intérêt du mineur peut exiger, en effet, que le tuteur soit maintenu. (Valette sur Proudhon, p. 350.)

La voie d'appel est ouverte contre le jugement d'homologation (889 Pr.) (2).

L'appel ne peut être interjeté par le ministère public, puisqu'il n'a pas d'action en matière de tutelle: il donne seulement des conclusions. (Delv., p. 113, n° 5.)

— Le subrogé tuteur qui poursuit l'homologation est-il tenu de mettre en cause le tuteur exclu ou destitué? ∽ L'affirmative nous paraît certaine : il faut bien mettre le tuteur à même de se défendre avant de le flétrir; d'ailleurs, un débat s'engage entre le tuteur et le subrogé tuteur; la cause, par conséquent, doit être instruite et jugée dans les formes ordinaires (3).

Le droit romain plaçait au nombre des causes d'incapacité, l'inimitié que l'on prétendrait exister entre le tuteur et la famille du mineur; l'état d'indivision où se trouveraient l'un et l'autre; enfin le cas où le tuteur serait créancier ou débiteur du mineur : peut-on admettre ces causes d'exclusion ou de révocation sous l'empire du Code? ∽ Il s'agit ici, nous le répétons, d'une règle de droit étroit : *odia restringenda.* (Demolombe, n°s 417 et suiv.; — Paris, 5 et 9 octobre 1809, Dev. Pal.)

449 — Les parents ou alliés qui auront requis la convocation, pourront intervenir dans la cause, qui sera instruite et jugée comme affaire urgente.

(1) Demolombe, n° 507; — Bruxelles, 12 novembre 1830, Dev. Pal.; Cass., 14 juin 1842, Dev., 1842, 1, 742.

(2) Nîmes, 8 juillet 1834, D., 1835, 2, 85, Pal.

(3) Demolombe, n° 503; Montpellier, 3 décembre 1841, Dev. 1842, 2, 27; Orléans, 12 janvier 1850. *Voy.* cep. Nîmes, 8 juillet 1834, Dev., 1835, 2, 198.

= Les parents ou alliés qui ont requis la convocation du conseil de famille, à l'effet de prononcer l'exclusion ou la destitution du tuteur, ne sont pas nécessairement en cause; mais ils peuvent y intervenir s'ils le croient utile.

L'intervention est l'acte par lequel on se présente comme partie dans un procès déjà commencé (339 Pr.).

De quelque manière que les tribunaux soient saisis, l'affaire doit être instruite et jugée comme affaire urgente (884 Pr.).

Les affaires urgentes sont dispensées du préliminaire de conciliation (49 Pr.)—Le délai pour comparaître est moins long que lorsqu'il s'agit d'affaires ordinaires (72 Pr.).

Le Code borne la faculté d'intervenir aux parents ou alliés *qui ont requis la convocation;* — mais l'art. 887 Pr. accorde à tous les membres de l'assemblée la faculté de poursuivre l'homologation, droit qui n'est accordé, par l'article 448 C. civ., qu'au subrogé tuteur.

Causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution relatives aux membres du conseil de famille.

Le silence que le législateur a gardé sur les causes d'excuse relatives aux membres du conseil de famille, alors qu'il venait de déterminer celles que le tuteur peut invoquer, démontre assez qu'on ne doit pas étendre jusqu'à eux le bénéfice des articles 427 et suiv. Leur position, en effet, est moins pénible; elle n'entraîne pas les mêmes soins, elle ne soumet pas aux mêmes charges : il appartient au juge de paix de statuer sur la légitimité de l'excuse; de prononcer, suivant les circonstances, le remplacement du membre qui veut se dispenser de prendre part à la délibération, ou de le condamner à l'amende.

Mais la loi est explicite sur les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution, lorsqu'elles ont motivé l'exclusion ou la destitution d'une tutelle.

Les ascendantes font partie du conseil de famille de leur fils ou de leur petit-fils : — nous en dirons autant des femmes mariées à l'égard de leur mari interdit (arg. *à fortiori* de l'article 507, lequel déclare qu'elles peuvent être nommées tutrices).

445 — Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle, ne pourra être membre d'un conseil de famille (1).

(1) Cette disposition est trop absolue : quoi! une personne qui n'aurait pu, attendu son inconduite, faire partie d'un conseil de famille ou d'une tutelle, il y a douze ans, ne jouirait pas de ce droit, aujourd'hui que sa conduite est plus régulière! — La réhabilitation ne fait-elle pas cesser l'incapacité qui résulte d'une condamnation? Pourquoi le temps n'effacerait-il pas les souvenirs de l'inconduite? — Il y a évidemment ici une lacune dans la loi. *Voy.* Valette sur Proudhon, p. 348.

= Remarquons les termes de la loi : il n'est pas dit que les causes qui emportent exclusion ou destitution de la tutelle donnent lieu à l'exclusion du conseil de famille ; cet effet n'est attaché qu'à l'exclusion ou à la destitution réalisée de la tutelle : pourquoi cette distinction? Le législateur a voulu éviter, autant que possible, aux parents ou amis appelés à faire partie de l'assemblée de famille, des investigations sur leur vie privée, afin de les soustraire aux influences, et de garantir leur entière liberté.

Rappelons-nous que la condamnation à une peine afflictive *ou* infamante (443 C. civ.; art. 28, 34, 42, 335 C. pén.) emporte de droit exclusion ou destitution de la tutelle ou de la subrogée tutelle; tandis que l'*inconduite notoire*, l'*incapacité* ou l'*infidélité*, sont des causes dont l'appréciation doit être soumise au conseil de famille. — Les premières emportent par elles-mêmes exclusion du conseil de famille; — les secondes ne produisent cet effet *qu'autant qu'elles ont été appliquées* comme causes d'exclusion ou de destitution soit de la tutelle, soit de la subrogée tutelle (1).

Hors ces cas, on ne pourrait donc écarter du conseil l'un des membres qui doivent le composer : *tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle...*, porte l'article 445.

L'article 445 se réfère uniquement aux causes d'*exclusion* ou de destitution ; il ne parle point du cas de révocation : la mère remariée qui n'a pas été maintenue dans la tutelle, ou qui a été frappée de déchéance pour ne pas avoir fait statuer, avant de se marier, sur son maintien ou sur son remplacement (395), peut donc faire partie du conseil de famille (2). — Mais elle y sera représentée par son nouveau mari (arg. de l'art. 408). On dira peut-être que la déchéance prononcée contre la mère est un vote de défiance contre le mari : nous nous bornerons à rappeler que la mission des membres du conseil de famille est bien moins importante que celle du tuteur. D'ailleurs, la mère n'est point destituée, mais *révoquée* (3).

Quant au tuteur qui a été privé de la tutelle pour s'être immiscé dans l'administration avant d'avoir fait nommer un subrogé tuteur, on doit le considérer comme destitué, puisqu'aux termes de l'article 421, la déchéance n'est encourue qu'autant que le dol est démontré.

Aucun texte ne déclare l'individu qui est en opposition d'intérêt avec le mineur, incapable d'être membre du conseil de famille de ce mineur : néanmoins, plusieurs dispositions de détail supposent cette incapacité. (*Voy.* art. 420 et 423.) D'ailleurs, il ne tombe pas sous le sens qu'un individu puisse prononcer dans sa propre cause (4). — Nous supposons

(1) Cass., 13 octobre 1807 ; Besançon, 25 août 1808 ; Rennes, 14 février 1810 ; Rouen, 19 novembre 1810 ; Caen, 15 janvier 1811 ; Rennes, 30 mai 1831, Dev. Pal.

(2) Demolombe, n° 515; Dur., n° 511; Magnin, n° 327; — Bruxelles, 30 mars 1810, Dev. Pal. *Voy.* cep. Delv., p. 111, n° 8.

(3) Dur., n° 511; Magnin, t. 2, n°s 327 et 406; — Bruxelles, 30 mai 1810, Dev. Pal.

(4) Zach., t. 1er, p. 192; Demolombe, n° 516; — Aix, 3 février 1852, D., 1852, 2, 174; Cass., 3 mai 1842, Dev., 1842, 1, 493.

qu'il s'agit d'intérêts graves; par exemple, que l'état du mineur, ou une partie notable de sa fortune, est l'objet du litige : on n'y aurait point égard, si le litige n'avait pour cause que des intérêts sans importance.

Rien ne s'oppose à ce que la personne écartée du conseil de famille d'un mineur soit appelée au conseil de famille d'un autre mineur, lorsque ni ses mœurs, ni sa probité, ni son aptitude n'ont été mises en doute.

On ne pourrait voir une cause d'incapacité dans la circonstance que l'une des personnes convoquées aurait exprimé son avis sur l'affaire qui doit être mise en délibération : le conseil, en effet, n'est pas un tribunal; les membres qui le composent ne sont pas des juges; par conséquent, ils ne se trouvent point placés sous le coup de l'article 878 Pr. — C'est ainsi que le conseil de famille dont la délibération a été annulée peut être appelé à délibérer de nouveau (1).

Certaines circonstances que le Code n'a pu prévoir peuvent imposer à une personne désignée pour faire partie d'un conseil de famille, le devoir de se récuser : le juge de paix est souverain appréciateur des circonstances (2). — Quant au juge de paix, sans aller jusqu'à prétendre qu'on peut le récuser dans tous les cas prévus par l'art. 44 Pr., puisque ce n'est pas comme juge qu'il préside le conseil de famille, nous admettons avec Demolombe, n° 516, qu'il doit s'abstenir dans les cas suivants : 1° lorsqu'il a un intérêt personnel contraire à celui du mineur; —2° lorsqu'il se trouve dans le cas prévu par l'article 442 4°;—3° enfin, lorsqu'il est parent ou allié du mineur; car il importe de ne pas rompre l'équilibre que la loi a voulu établir entre les deux lignes (3).

SECTION VIII.

DE L'ADMINISTRATION DU TUTEUR.

Le tuteur a pour mission principale de prendre soin de la personne du mineur (450) : cependant, le législateur n'a tracé que peu de règles sur ce point important (454-468); il s'est principalement occupé de l'administration des biens.

Le responsabilité du tuteur, et toutes les conséquences qui en dérivent, telle que l'hypothèque légale dont ses biens sont frappés, datent, savoir :

Si la tutelle est *dative*, du moment où il apprend que cette charge lui est déférée, c'est-à-dire, immédiatement, lorsqu'il assiste à la délibération, et à partir de la notification de sa nomination, lorsqu'il n'est pas membre du conseil de famille (418, 438, 439 et 448 Pr.);

Si la tutelle est *testamentaire*, à partir du jour où l'acte qui l'investit

(1) Demolombe, n° 517; — Paris, 7 floréal an VIII et an XIII; Cass., 3 octobre 1807; Paris, 27 juin 1820, Dev. Pal.

(2) Demolombe, n° 518; — Cass., 16 décembre 1829, D., 1830, I, 8, Dev. Pal.

(3) Metz, 20 avril 1820, Dev. Pal.

de cette charge lui a été notifié, ou de l'ouverture du testament, lorsqu'il a été présent (Demolombe, n° 525; Zach., p. 219);

Enfin, si la tutelle est *légitime*, du moment où il apprend, d'une manière quelconque, l'événement par suite duquel il se trouve appelé; car nul n'est censé ignorer la loi (1).

Le tuteur a des devoirs à remplir lorsqu'il entre en charge; pendant la durée de sa gestion, et lorsqu'elle cesse.

Rappelons-nous que la tutelle est une charge gratuite (1986); seulement, le tuteur peut réclamer le montant de ses avances et se faire indemniser, s'il a éprouvé quelque dommage : le conseil de famille fixe cette indemnité eu égard aux circonstances. — En cas de réclamation du tuteur, le tribunal prononce (2).

Si le mineur n'avait pas de biens, le tuteur ne serait pas tenu de lui fournir des aliments, à moins qu'il ne se trouvât dans la classe des personnes auxquelles cette obligation est imposée (203, 205 et 207 comb.).

Devoirs imposés au tuteur lorsqu'il entre en fonctions.

Nous n'avons point à nous occuper du cas où le tuteur nouvellement nommé continuerait une gestion commencée : son seul devoir en entrant en charge serait de recevoir le compte de son prédécesseur; nous supposerons que nul autre jusqu'alors n'avait été investi de l'administration; que la tutelle commence, seule hypothèse qui puisse donner lieu à l'application des règles que nous allons parcourir.—Or, quatre obligations principales lui sont imposées; il doit :

1° Faire nommer un subrogé tuteur (421) : ce devoir ne peut évidemment concerner que le tuteur légitime ou testamentaire; en cas de tutelle dative, le subrogé tuteur est nommé immédiatement après le tuteur (422). — Mais telle est l'importance que la loi attache à ce qu'il soit accompli, qu'elle permet, en cas d'infraction, de destituer le tuteur qui s'est rendu coupable de dol, et qu'elle autorise, par exception, tous parents ou alliés du mineur, sans limitation de degré, ses créanciers ou autres parties intéressées, à faire convoquer le conseil de famille pour statuer sur ce point; faculté qu'elle restreint, en règle générale, au subrogé tuteur et aux parents ou alliés du mineur au degré de cousin germain, ou à des degrés plus proches (446).

Du reste, rarement il arrivera que le tuteur se soit rendu coupable de dol, avant d'avoir fait nommer un subrogé tuteur.—En réalité, l'art. 421 a pour seul effet de placer sous la surveillance d'un plus grand nombre de personnes le tuteur qui n'a pas fait nommer son surveillant légal.

2° Provoquer la levée des scellés et faire procéder à l'inventaire (450 et 451). Cette opération doit être commencée dans les dix jours au plus

(1) Troplong, Hyp., art. 2121, n° 8; Merlin, Rép., v° Inscrip. hyp., § 3, n° 6; Zach., t. 1er, p. 219; Demolombe, n°s 454 et 525.

(2) Demolombe, n° 610; D., v° Tutelle, n° 14; — Agen, 19 février 1830, D., 1831, 2, 251.

tard qui suivent celui de sa nomination dûment connue de lui (935, 936, 943 et 944 Pr.).

3° Faire vendre, dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire, tous les meubles autres que ceux dont le conseil de famille aurait ordonné la conservation.

Toutefois, le survivant des père et mère a la faculté de garder les meubles en nature, pendant la durée de la jouissance légale, mais sous certaines conditions.

4° Faire régler par le conseil de famille, eu égard à l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, et autres conditions importantes de son administration.

Nous nous sommes suffisamment expliqué sur le premier point; les trois autres doivent seuls nous occuper.

Des scellés et de l'inventaire.

451 — Dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination, dûment connue de lui, le tuteur requerra la levée des scellés, s'ils ont été apposés, et fera procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé tuteur.

S'il lui est dû quelque chose par le mineur, il devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, et ce, sur la réquisition que l'officier public sera tenu de lui en faire, et dont mention sera faite au procès-verbal (1).

= L'apposition des scellés est une mesure conservatoire prise dans l'intérêt du mineur ou dans celui des tiers, pour empêcher des soustractions frauduleuses (819 C. civ.).

Les scellés ne peuvent être apposés que par le juge de paix ou par ses suppléants (907 et 912 Pr.).

L'apposition des scellés peut être requise :

1° Par tous ceux qui prétendent droit dans la succession ou dans la communauté;

2° Par tous créanciers fondés en titre exécutoire, ou autorisés par

(1) La rédaction de cet article laisse à désirer sous plusieurs rapports :

1° Il n'y est parlé que du tuteur *nommé;* or, nul ne doute qu'il ne s'applique également au tuteur légitime : il fallait dire : *de l'entrée en fonctions;*

2° On pourrait croire que tout tuteur doit, lorsqu'il entre en charge, s'occuper des scellés et de l'inventaire; or, cela est vrai quand la tutelle s'ouvre pour la première fois; mais certes, en cas d'excuse, de révocation ou de destitution d'un tuteur en exercice, le tuteur qui lui succède n'est pas soumis à ces devoirs;

3° Enfin, la déchéance n'est pas restreinte, comme le suppose le 2e alinéa de l'article, au cas où le tuteur a négligé de faire sa déclaration dans l'inventaire qui a suivi l'ouverture de la tutelle; elle est encourue même pendant le cours de la tutelle, toutes les fois qu'il y a lieu à inventaire par suite du décès d'une personne dont le mineur a hérité.

une permission soit du président du tribunal de première instance, soit du juge de paix du canton où le scellé doit être apposé;

3° En cas d'absence soit du conjoint, soit des héritiers ou de l'un d'eux, par les personnes qui demeuraient avec le défunt, et par ses serviteurs ou domestiques (909 Pr.);

4° Par les prétendant droit à la succession et par les créanciers mineurs émancipés, sans l'assistance de leur curateur;

5° Par les parents des mineurs non émancipés (910 Pr.);

6° A la diligence du ministère public, du maire ou adjoint de la commune, ou même d'office par le juge de paix, dans les cas suivants :

1° Si, le mineur étant sans tuteur (911 Pr., modificatif de l'art. 819, 2e alinéa, C. civ.), le scellé n'est point requis par un parent; — 2° si le conjoint ou si les héritiers ou l'un d'eux sont absents; — 3° si le défunt était dépositaire public : le scellé n'est alors apposé que pour raison de ce dépôt et seulement sur les objets qui le composent (910 Pr.).

Remarquons ici une modification apportée à l'article 819 C. civ. par le Code de procédure : cet article conférait aux héritiers et au ministère public la faculté de requérir l'apposition des scellés, et enjoignait au juge de paix de faire d'office cette apposition, si tous les héritiers n'étaient pas présents, ou s'il y avait parmi eux des mineurs ou des interdits, sans avoir égard à la présence du tuteur. — L'article 911 1° Pr. restreint cette faculté au cas où le mineur est *sans tuteur* : il peut donc arriver que les scellés ne soient pas apposés, si le tuteur ne fait aucune diligence; ce qui arrive fréquemment, lorsque la tutelle est celle des père et mère, hypothèse que cette dernière disposition nous paraît avoir eu principalement pour objet de régler. — Le législateur a sans doute considéré qu'il serait trop rigoureux de soumettre le survivant à une mesure pénible, sinon vexatoire, dans un moment où il se trouve accablé par la douleur, et qu'il était d'ailleurs convenable d'épargner aux familles peu aisées des frais souvent considérables en raison de leur fortune (1).

Au surplus, le tuteur agira toujours prudemment en requérant le plus tôt possible cette mesure conservatoire, afin d'écarter de lui tout soupçon d'infidélité. — L'omission des scellés le rendrait passible de dommages-intérêts envers le mineur, lors même qu'il n'aurait commis aucun fait de nature à entraîner sa destitution.

Il résulte de l'art. 929 Pr. que les scellés ne peuvent être levés avant que le mineur n'ait été pourvu d'un tuteur ou qu'il n'ait été émancipé.

Soit que les scellés aient été apposés, soit qu'ils ne l'aient pas été, le tuteur doit, dans les dix jours de celui de sa nomination dûment connue de lui, faire procéder à l'inventaire par-devant notaires (935, 936, 943 et 944 Pr.), en présence du subrogé tuteur.

En déterminant un délai de dix jours pour la confection de l'inventaire, la loi n'entend pas dire que cette opération doit être terminée

(1) Lettre du ministre de la justice des 18 mars 1806 et 5 novembre 1808.

dans ce délai, car souvent cela serait impossible; il suffit qu'elle ait été commencée avant son expiration, et qu'elle ait été continuée sans interruption (1).

Du reste, la règle n'a pas de sanction; par conséquent, elle est purement comminatoire : seulement, le tuteur sera tenu de réparer le dommage qu'il aura causé par suite de sa négligence à requérir l'apposition des scellés ou l'inventaire; quant au subrogé tuteur il encourra les mêmes condamnations; car il aura manqué au devoir de surveillance que lui impose la loi (arg. des art. 420, 451, 1382, 1383, 801 et 1442; Val. sur Proudhon, p. 358.)

L'inventaire est la base du compte de tutelle; il a pour but en effet : 1° de déterminer l'importance des biens dont le tuteur devra compte; — 2° de procurer le moyen d'apprécier le genre d'éducation qui sera donné au mineur et de fixer ses dépenses annuelles.

Le tuteur doit se borner, tant que cette opération n'est pas terminée, à faire les actes de gestion commandés par l'urgence : c'est là une règle fort ancienne consacrée par la jurisprudence.

L'inventaire doit contenir, entre autres indications, la description et l'estimation des biens meubles (943 Pr.); mais la loi ne dit rien de semblable pour les immeubles : aussi, dans l'usage, se borne-t-on à énoncer les titres, sans doute parce qu'ils suffisent pour constater le droit; telle est la raison donnée par Dargentrée (2) : *Immobilia res soli describi nil necesse est, quia patens.* — Quoi qu'il en soit, ce silence de la loi est regrettable; car le conseil de famille, ne pouvant connaître avec précision la fortune du mineur, se trouve réduit à faire une évaluation approximative.

Le survivant des père et mère, tuteur légal, est-il tenu, comme tous autres, de faire inventaire dans le délai de dix jours? Le doute vient de ce que l'article 795 accorde à l'héritier trois mois, à compter du jour de l'ouverture de la succession, pour accomplir cette mesure; or, il pourrait arriver que le conseil de famille, suffisamment éclairé par la notoriété publique, autorisât *de plano* le tuteur à renoncer, afin d'éviter les embarras et les frais d'une opération toujours coûteuse (461). — Mais il faut observer que l'art. 795 n'est point applicable en matière de tutelle : ce n'est point à l'héritier que l'obligation de faire inventaire est imposée par l'article 451; c'est au tuteur : par conséquent, il n'y a point antinomie. — On comprend qu'il importe de procéder, dans le plus bref délai, à une opération qui seule peut éclairer le conseil de famille sur le meilleur parti à prendre : presque toujours, en effet, le conseil de famille a besoin d'un inventaire pour prononcer en connaissance de cause sur l'acceptation ou sur la renonciation. D'ailleurs, le mineur ne peut accepter que sous bénéfice d'inventaire.

Ainsi, la règle est générale; elle s'applique au tuteur, quel qu'il soit, légitime, testamentaire ou datif : le mot *nomination* pourrait faire

(1) Magnin, nos 638 et 639; Dur., no 545.

(2) Gloss. 2, no 3, sur l'art. 477 de la cout. de Bretagne.

croire, au premier abord, qu'elle concerne uniquement le tuteur datif; mais, évidemment, il n'est pas employé dans un sens restrictif : il suffirait, pour lever tous les doutes, de faire observer que l'article 451 se trouve sous la rubrique générale *de l'administration du tuteur*, et que le législateur a pris soin de s'expliquer en termes exprès, toutes les fois qu'il a voulu établir des exceptions en faveur des père et mère. (*Voy.* art. 453 et 454; Locré, Législ. civ., t. 7, p. 225.)

Toutefois, le survivant conserve la jouissance légale (384), bien qu'il n'ait pas été fait inventaire dans le délai de dix jours. On ne saurait appliquer ici par analogie la peine prononcée par l'article 1442 : cet article statue pour le cas seulement de dissolution de la communauté; il est étranger à la matière des tutelles. (*V.* art. 795, 1456) (1).

Quid si le survivant n'est point tuteur? Il doit néanmoins faire inventaire : mais alors il jouit, à partir de la dissolution de la communauté (1442), du délai de trois mois accordé, suivant le droit commun, pour procéder à cette opération ; le défaut d'inventaire dans ce délai lui ferait perdre la jouissance légale des revenus.

Le tuteur doit-il faire inventaire, si l'importance des biens est tellement faible, que les frais puissent en absorber le montant? Dans la pratique, on se borne souvent à dresser un simple état sous seing privé; mais cette manière de procéder est irrégulière; le texte exige formellement un inventaire (2), c'est-à-dire, un acte dressé par le ministère d'un notaire. — A défaut d'inventaire, il faut un procès-verbal de carence (3).

Les scellés sont levés par le juge de paix, sur la réquisition des parties (931 Pr.).

Le subrogé tuteur, contradicteur-né du tuteur, doit être présent à l'opération (451 C. civ.); mais il peut se faire représenter par un fondé de pouvoir (4) : telle est la règle générale.

Passons au 2e alinéa de notre article. — Le tuteur (légitime, testamentaire ou datif, la loi est absolue) est tenu de déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, ce que lui doit la succession (5).

Cette déclaration doit même être faite dans l'intitulé d'inventaire, ou du moins avant le dépouillement des papiers; car elle a pour but d'empêcher qu'un tuteur de mauvaise foi, qui s'apercevrait que sa quittance n'a pas été retrouvée, ne fît revivre une créance éteinte.

Afin de mettre le tuteur à l'abri des surprises, la loi impose au notaire le devoir de l'interpeller sur ce point; de plus, elle exige qu'il soit fait mention de cette réquisition dans le procès-verbal. si elle

(1) Valette sur Proudhon, p. 358; Proudhon, Usuf., t. 1er.

(2) Zach., t. 1er, p. 221; Demolombe, nos 551, 170 et 177.

(3) Art. 10 du décret des 6 et 27 mars 1791; Proudhon, Usuf., t. 1er, no 165; Demolombe, no 553.

(4) Pothier, Comm., t. 2, no 797; Proudhon, Usuf., t. 1er, no 165; Pigeau, Proc., t. 2, p. 597; Demolombe, no 555.

(5) Cette disposition est reproduite de la novelle 72, chap. 4, et de la loi 8 au Code *Qui dare tutoris*.....

n'avait pas été faite, le tuteur n'encourrait pas de déchéance (1); mais le notaire serait tenu des suites de sa négligence (1382), notamment s'il arrivait que le tuteur eût exigé deux fois la même créance; sauf le recours du notaire contre ce dernier (2).

La déclaration du tuteur doit porter non-seulement sur l'importance de la créance, mais encore sur sa cause: il est indispensable de bien préciser le droit du tuteur (3).

Cependant, on ne saurait appliquer cette disposition à la veuve, tutrice légale de ses enfants mineurs, qui, sur l'interpellation du notaire, ne se serait pas déclarée créancière de ses reprises matrimoniales ou de sa dot; car on ne connaît ordinairement que par la liquidation le montant de ses droits. Sa créance, d'ailleurs, ne devient exigible qu'au moment où la tutelle commence (4).

Nous en dirons autant à l'égard du tuteur, si l'on établit qu'il ignorait, au moment de la confection de l'inventaire, l'existence de sa créance; ce qui aurait lieu, par exemple, s'il était devenu, à son insu, héritier d'un de ses parents décédé avant l'ouverture de la tutelle, et qui se trouvait créancier de la succession. (Demolombe, n° 563.)

Si le tuteur n'assiste pas à l'inventaire, il doit donner ses instructions à son fondé de pouvoirs.

Il est bien entendu que la déclaration consignée dans l'inventaire ne dispense pas le tuteur de produire son titre de créance : cette déclaration ne pourrait même lui servir de commencement de preuve; car on ne peut recevoir comme tel que l'écrit émané de celui contre qui la demande est formée : or, dans notre espèce, le tuteur se serait fait un titre à lui-même (451, 4316, 1347) (5).

La déchéance prononcée par l'article 451, 2e alinéa, est une disposition pénale; par conséquent, il faut la restreindre rigoureusement dans ses termes : or, elle ne concerne que le mineur; donc, on ne saurait l'appliquer au subrogé tuteur. D'ailleurs, les raisons qui l'ont motivée ne se présentent pas à l'égard de ce dernier (6).

Le tuteur est responsable envers le mineur du défaut absolu d'inventaire, et même des omissions qui proviennent de son fait : mais quelles sont les conséquences de cette responsabilité? Elles peuvent se résumer dans les quatre points suivants :

1° Le mineur ou ses représentants légaux sont admis à établir contre lui, par titres, par témoins et par commune renommée, la consistance

(1) Toullier, n° 1194; Dur., no 529; Magnin, n° 639; Chardon, Puiss. tut., p. 355;—Pau, 6 août 1834, Dev., 1835, 2, 123; Pal., 1835, 2, 28.

(2) Locré, Législ. civ., t. 7, p. 225; Valette sur Proudhon, p. 359; — Pau, 6 août 1834, D., 1835, 2, 28, Pal.; Paris, 14 février 1817.

(3) Demolombe, n° 564; Carré, Pr., t. 2, no 3151.

(4) Magnin, t. 1er, n° 639; Demolombe, n° 562.

(5) Demolombe, n° 565; Bourges, 26 avril 1831, D., 1831, 2, 241, Pal.

(6) Zach., p. 221; Magnin, t. 1er, n° 641; Demolombe, n° 566; — Paris, 14 février 1817; Rennes, 11 décembre 1817 et 15 février 1821, Dev. Pal.

et valeur du mobilier non inventorié (arg. des articles 1348, 1353, 1415, 1442, 1503, 1er alinéa, et 1504 comb.) (1);

2° Le serment *in litem* peut être déféré aux parties intéressées (1366 et suiv.; arg. des art. 1415 et 1442; Zach., p. 221, t. 1er);

3° Le tuteur serait non recevable dans l'action qu'il formerait contre le mineur pour obtenir le payement des créances qu'il n'aurait pas déclarées (arg. des art. 1382 et suiv.);

4° Enfin, il peut être destitué, si les circonstances démontrent qu'il est incapable ou qu'il s'est rendu coupable d'infidélité.

Quant au subrogé tuteur, il est solidairement responsable envers le mineur, s'il a fait preuve d'une négligence coupable (1382) dans la mission de surveillance qui lui est confiée.

— Celui qui dispose à titre gratuit en faveur du mineur peut-il dispenser le tuteur de faire inventaire? ∿ Cette question est controversée : les uns se prononcent d'une manière absolue pour l'affirmative : le testateur, disent-ils, peut soumettre sa libéralité à telles conditions qu'il juge convenables : cette dispense ne présentera d'ailleurs aucun inconvénient; car un moyen bien simple reste au conseil de famille pour mettre le mineur à l'abri des malversations et de donner une base au compte de tutelle : il peut exiger des états de situation. — On ajoute que le droit romain validait ces sortes de clauses. (Cod. arb. tut., l. 13, § 1er.) ∿ D'autres, et c'est le plus grand nombre, distinguent : suivant eux, s'il existe des héritiers à réserve, la dispense est réputée non écrite, car elle met ces derniers dans l'impossibilité de savoir si le disposant s'est renfermé dans les limites du disponible — Lorsque le mineur est lui-même réservataire, une raison de plus se présente : son droit de réserve ne peut être subordonné à aucune clause modificative; par conséquent, le disposant ne saurait affranchir le tuteur de l'obligation de faire inventaire; — mais la dispense doit produire son effet, lorque le disposant ne laisse pas d'héritiers réservataires : il aurait pu donner tous ses biens; pourquoi ne pourrait-il dispenser le tuteur de les inventorier? Qui peut le plus peut le moins. — Cette clause peut d'ailleurs se justifier par l'inconvénient qu'il y aurait souvent à divulguer des secrets de famille (2). ∿ Quelque graves que soient ces motifs, ils doivent selon nous fléchir devant les considérations suivantes : 1o l'article 451, conçu en termes généraux et impératifs, soumet *tout tuteur* à l'obligation de faire inventaire. — 2o Cette mesure touche en quelque sorte à l'ordre public, puisqu'elle doit servir de base à la reddition du compte, obligation dont on ne saurait affranchir le tuteur sans rendre sa responsabilité complétement illusoire. — Dispenser le tuteur de faire inventaire, et l'obliger néanmoins à rendre compte, ne serait-ce point admettre deux règles contradictoires? Nos adversaires eux-mêmes le reconnaissent, puisqu'ils éludent la dispense, en accordant au conseil de famille la faculté d'exiger des états de situation; ce qui équivaut, en définitive, à un inventaire. — 3o A l'argument qui peut le plus peut le moins, on répond que celui qui peut une chose, ne peut pas toujours en faire une autre : ainsi, le disposant qui aurait pu léguer tous ses biens, peut sans aucun doute se borner à en léguer une partie, ou imposer certaines charges au donataire; mais il ne s'ensuit pas qu'il ait pu dispenser le tuteur de faire un

(1) *Voy.* sur la preuve par commune renommée, Bellot des Minières, Contrat de mariage, t. 2, p. 80 et suiv.

(2) Delv., p. 121, no 3; Toullier, no 1198; Dur., no 588; Valette sur Proudhon; D., Tutelle p. 733; Malleville sur les art. 451 et 600; Zach., p. 221.

inventaire, élément essentiel de la reddition de compte : or, l'obligation de faire inventaire est corrélative à celle de rendre compte ; — nous irons plus loin : la dispense d'inventaire serait dangereuse pour le tuteur lui-même ; car sa responsabilité se trouverait livrée à des moyens de preuves incertains et périlleux. — 4° On peut argumenter des articles 1028 et 1030 : pourquoi ces articles interdisent-ils au testateur de choisir pour exécuteur testamentaire un individu qui ne peut s'obliger : parce que la responsabilité de cet individu ne serait pas complète.—5° Le mineur appelé à recueillir l'universalité ou une quote-part des biens du disposant, n'échappera qu'en reproduisant un inventaire aux poursuites *ultra vires* que les créanciers de ce dernier voudraient exercer : en le privant de cette ressource, on le placerait dans une position pire que celle des héritiers majeurs. — 6° Nous trouverons un argument puissant dans l'article 461, lequel déclare, d'une manière absolue, que les successions échues au mineur ne peuvent être acceptées que sous bénéfice d'inventaire. — 7° « Enfin, dit Demolombe, il est tellement vrai qu'on doit réputer non écrite la dispense de faire inventaire, que les partisans de la doctrine contraire sont forcés de reconnaître qu'un inventaire devra être fait, du moins en la forme privée, contradictoirement avec le subrogé tuteur ; c'est-à-dire que, dans leur propre système, tout se réduit à cette différence, que l'inventaire, au lieu d'être notarié, sera fait par acte sous seing privé (1). »

Vente des biens meubles.

452 — Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur fera vendre, en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et après des affiches ou publications dont le procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature.

— Il est d'une bonne administration de convertir dans un bref délai, en capitaux productifs, les meubles corporels que le mineur a recueillis; car ils sont, en général, par leur nature, stériles ou sujets à dépérissement. — Ainsi, le tuteur doit vendre tous les meubles; tel est le principe.

Mais le conseil de famille peut décider que le tuteur conservera certains objets en nature, soit parce qu'ils peuvent servir à l'usage personnel du mineur, par exemple lorsqu'ils consistent en effets d'habillement ou en instruments utiles pour l'exercice de sa profession; soit parce qu'ils n'ont point de valeur vénale, soit parce qu'ils tirent principalement leur prix de l'affection qu'on y attache : ce qui a lieu quand il s'agit d'une bibliothèque, de tableaux, de souvenirs de famille, d'objets rares et curieux. — Il va de soi que le conseil devra prendre en considération la fortune du mineur, la position sociale de sa

(1) Delv. sur l'article 776, p. 51, n° 8; Dur., n° 15, t. 7; Magnin. t. 2, n° 646 ; Chardon. t. 3, n° 465; Demolombe, n° 549; Malleville sur l'art. 431.

famille et la carrière qu'il est destiné à embrasser ; ainsi, la conservation des meubles n'est qu'une exception.

Quant aux meubles par la détermination de la loi, tels que les rentes, les actions dans les compagnies de finance ou de commerce, les créances, etc., ils ne sont pas soumis à cette règle, puisqu'ils constituent par eux-mêmes un placement que la vente des meubles corporels a précisément pour but de procurer (1).

Nous excepterons toutefois le cas où il y aurait lieu de craindre une perte ou une diminution de valeur : le tuteur devrait alors en faire le transport : mais pourrait-il opérer ce transport sans formalités préalables, de gré à gré, de sa propre autorité?

Parlons d'abord des rentes sur l'État.

Aux termes de la loi du 24 mars 1806, lorsqu'une rente à 5 0|0, constituée sur l'État, appartient à un mineur, on distingue : si la rente est de 50 fr. ou au-dessous d'intérêt annuel (1,000 fr. de capital), il est facultatif, soit au tuteur, en sa seule qualité, soit au mineur émancipé assisté de son curateur, d'en opérer le transfert, *d'après le cours constaté du jour, sans qu'il soit besoin d'autorisation spéciale, ni d'affiches, ni de publications;*— si l'inscription excède 50 fr. de rente, on ne peut la transférer qu'en vertu d'une autorisation du conseil de famille.

Un décret du 25 septembre 1813 a étendu l'effet de cette loi aux mineurs et aux interdits, propriétaires d'une action sur la banque de France, ou de portions d'actions n'excédant pas en totalité une action entière. — Ce décret se référait évidemment à l'époque où la valeur des actions de la banque de France n'excédait pas 1,000 fr.; autrement, il eût été en contradiction avec la loi de 1806 : mais aujourd'hui qu'elle s'élève à une somme bien supérieure, nous pensons qu'il faut établir en principe que, dès le moment où le capital dont il s'agit de disposer produit une rente supérieure à 50 fr., l'autorisation du conseil de famille est indispensable.

La loi de 1806 doit s'appliquer nécessairement aux autres fonds qui ont été successivement créés par le gouvernement; notamment, aux inscriptions de rentes à 3 0|0, même aux actions qui ont un cours public, par exemple, aux actions des canaux et des chemins de fer.

Que déciderons-nous relativement aux rentes et aux créances sur particuliers, ou autres droits qui ne sont point cotés à la bourse? Le tuteur, disent quelques personnes, a le droit d'administration le plus étendu ; il peut faire librement tous les actes qui ne lui sont pas interdits, ou que la loi n'a pas soumis à quelque formalité spéciale : or, aucune loi ne restreint ses pouvoirs en ce qui touche les droits sur des particuliers (2).

Puisqu'il a fallu, répondent les auteurs qui professent l'opinion contraire, une loi et un décret pour habiliter le tuteur à disposer des

(1) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 372; Locré sur l'art. 452.
(2) Zach., p. 226; Chardon, Puiss. tut., n° 363; —Paris, 18 février 1826, Dev. Pal.

rentes sur l'État, et des actions de la banque de France, on doit conclure, *à contrario*, qu'en principe, il ne peut, de sa propre autorité, vendre les meubles incorporels. — Cette règle est d'ailleurs corroborée par les textes : en effet, puisque les formes imposées au tuteur pour la vente des immeubles et des meubles (art. 452 et 457) sont précisément celles que la loi prescrit pour la vente forcée des biens d'un débiteur, on doit conclure qu'il faut suivre, pour la vente de ces sortes de droits, les mesures qu'elle prescrit pour le cas où ils sont saisis. Ainsi le tuteur ne peut les vendre qu'aux enchères et avec publicité, conformément aux art. 645 et suiv. Pr.; il faut de plus obtenir l'autorisation du conseil de famille, lorsque le capital dépasse 1,000 fr. (1). — Que déciderons-nous?

Il nous semble rationnel d'appliquer aux rentes et aux créances sur particuliers les règles de la loi du 26 mars 1806, relatives au transfert des rentes sur l'État, car les mêmes considérations se présentent. Sans doute, le tuteur n'est pas tenu de vendre les meubles incorporels; mais on ne saurait conclure de là que le droit de les vendre lui soit interdit.

D'un autre côté, de ce que la loi prescrit des formes spéciales pour la saisie des rentes ou des créances sur particuliers, il ne s'ensuit nullement que le tuteur ne puisse en faire seul le transport : on comprend que l'intérêt du mineur ait dû motiver, pour la vente forcée, des mesures que rien ne justifierait en cas de cession. — Assurément, un tel pouvoir accordé au tuteur peut être de nature à compromettre les intérêts du mineur ; mais cet inconvénient tient au système général établi sur le droit d'administration qui lui est conféré : ne reçoit-il pas sans contrôle le remboursement des capitaux ? — Autre chose, objectera-t-on, est le droit de recevoir le remboursement d'une créance ou d'une rente, autre chose est le droit d'en disposer. Assurément, la cession se fait ordinairement moyennant un sacrifice pécuniaire; mais il faut observer que le tuteur devra justifier, lorsqu'il rendra ses comptes, de l'opportunité de la vente, si elle est consommée, et que, dans tous les cas, il devra indemniser le tuteur s'il a accepté légèrement des conditions onéreuses.

Par suite du même principe, nous déciderons que l'autorisation du conseil de famille doit intervenir lorsque le montant des arrérages ou des intérêts annuels excède 50 fr. (2), mais que les publications ou affiches ne sont pas nécessaires.

Revenons aux règles prescrites pour la vente des meubles corporels. Aux termes de notre article, cette vente est annoncée par des publi-

(1) Demolombe, nos 594 et suiv.; — Proudhon, Des personnes, t. 2, p. 378 : Domaine privé, t. 1er, no 236; Magnin, t. 1er, no 665; Douai, 28 juin 1843, Dev., 1843, 2, 586; Dal., p. 44, 2, 41, Pal., 44, 1, 60; — Toulouse, 14 juillet 1831, Dev., 1832, 2, 291; Dal., 1832, 2, 44.

(2) Dur., nos 554 et 555 ; Toullier, no 1199; Val. sur Proudhon, p. 380; — Delvincourt, p. 124 no 7, paraît se ranger à cette opinion ; mais il exige, *dans tous les cas*, pour la vente, des affiches, des publications et des enchères, ce que nous n'admettons pas.

cations et affiches (1). — Elle doit avoir lieu dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire, en présence du subrogé tuteur; mais ce délai peut être prolongé, si l'intérêt du mineur l'exige (2). — Appliquez au surplus les articles 945 et 951 Pr.

Les placards doivent être apposés dans la forme déterminée par les articles 617-619 Pr. — Une seule apposition suffit, puisque la loi n'exige pas qu'elle soit réitérée (3).

Les enchères sont reçues par un officier public, c'est-à-dire, par un commissaire-priseur, par un notaire, ou même, à leur défaut, par un huissier.

Le tuteur a le droit exclusif de choisir l'officier public qui recevra les enchères; le tribunal lui-même ne pourrait prendre sur lui de faire cette désignation (4).

La loi ne prononce aucune peine contre le tuteur qui a négligé de vendre les meubles : mais, évidemment, il doit répondre de la dépréciation qu'ils ont éprouvée (arg. de l'art. 805 C. C.); autrement, sa position serait égale, et même, en quelque sorte, préférable à celle des père et mère, dispensé qu'il serait de l'observation des formalités prescrites par l'article 453.

Bien plus, il serait tenu, suivant nous, des intérêts que le prix aurait produits : mais ils ne courraient, comme de raison, que du jour de l'expiration des délais accordées pour faire le placement (455 et 456).

Qu'adviendrait-il si le tuteur avait vendu les meubles à l'amiable? Les tiers ne pourraient être inquiétés, puisqu'ils se trouveraient sous la protection des articles 1141 et 2279; mais le tuteur aurait à indemniser son pupille du dommage qui résulterait pour lui de ce fait.

L'article 452, de même que l'article 451, ne semble statuer que relativement au mobilier existant au moment de l'entrée en gestion; mais il faut appliquer les mêmes règles, cela n'est pas douteux, lorsque le mineur a recueilli, à titre gratuit, des biens de cette nature pendant le cours de la tutelle. Tous ceux qu'il n'a pas été autorisé à conserver doivent être vendus dans les formes prescrites. (Dur., n° 549.)

453 — Les père et mère, tant qu'ils ont la jouissance propre et légale des biens du mineur, sont dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent de les garder pour les remettre en nature.

Dans ce cas, ils en feront faire, à leurs frais, une estima-

(1) Les affiches sont placardées dans les lieux publics. — Les publications sont des annonces verbales faites devant un auditoire préalablement rassemblé à son de trompe ou de caisse — Les annonces se font par la voie des journaux. La loi parle d'affiches ou de publications; mais ne concluons pas de là que le tuteur ait le droit d'opter entre ces moyens de publicité : l'un et l'autre sont toujours réunis.

(2) Cass., 2 décembre 1824. Dev. Pal.

(3) Depuis la loi du 2 juin 1841, une seule apposition est prescrite même pour la vente des biens immeubles appartenant à des mineurs.

(4) Zach., p. 222; — Turin, 10 mai 1809. Dev. Pal.

tion à juste valeur, par un expert qui sera nommé par le subrogé tuteur, et prêtera serment devant le juge de paix. Ils rendront la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne pourraient représenter en nature.

= Notre article établit en faveur des père et mère une exception à la règle proclamée dans l'article précédent; on n'eût pu leur imposer le devoir de vendre le mobilier du mineur sans porter atteinte à leur droit de jouissance (384); mais des mesures sont prises pour mettre les intérêts du mineur à couvert.

Les père et mère, usufruitiers légaux, doivent faire estimer par un expert les meubles qu'ils veulent conserver en nature : cette estimation est à leurs frais, puisque c'est là une condition de leur jouissance.

L'expert est nommé par le subrogé tuteur : il peut faire choix, indifféremment, d'un notaire, d'un greffier, d'un huissier ou d'un commissaire-priseur (1), puisque l'opération à laquelle il s'agit de procéder ne présente pas les caractères d'un inventaire, tels qu'ils sont énoncés dans l'article 943 Pr.; une entière latitude lui est laissée à cet égard. Mais ordinairement il choisit un commissaire-priseur (2).

Avant d'opérer, l'expert doit prêter serment entre les mains du juge de paix.

A quoi bon, peut-on se demander, une expertise? L'inventaire ne contient-il pas l'estimation de tout le mobilier, estimation qui, aux termes des articles 831 C. civ. et 943 Pr., doit avoir lieu à *juste prix et sans crue* (3)? Nous nous bornerons à rappeler que, malgré les termes impératifs de la loi, on se borne, dans l'usage, à faire dans l'inventaire une évaluation approximative, la seule possible. Or, il importe, au moment où commence l'usufruit légal, de déterminer avec précision ce que l'usufruitier sera tenu de rendre lorsque son droit cessera. — Le législateur a dû exiger, dès lors, *une estimation à juste valeur*, soit en vue de la restitution en nature, pour que l'on puisse apprécier le dommage résultant des détériorations; soit en vue du cas où les meubles ne seraient pas représentés.

La question de savoir si les père et mère doivent indemniser le mineur de la perte survenue par cas fortuit, et des détériorations résul-

(1) Rennes, 14 janvier 1835, Pal.; 22 février 1835, Pal. 1837, 2, 276; Cass., 7 juin 1850, Dal., 1850, 1, 323; Nîmes, 22 février 1837, Pal., 1837, 2, 276; Grenoble, 5 décembre 1839, Pal., 1840, 1, 539.

(2) Lois des 21-26 juillet 1790; 17 septembre 1792, art. 1er; 27 ventôse an IX; décret du 4 juin 1793, art. 37; loi du 28 avril 1816, art. 89; — Bourges, 8 juin 1832, D., 1833, 2, 8.

(3) Pour entendre ces mots, il faut savoir qu'un édit de Henri II, en 1556, avait rendu les experts garants de leur estimation; en sorte que, si le produit de la vente était inférieur au montant de la prisée, il devait payer le surplus. Pour prévenir les effets de cette responsabilité, les experts estimaient les meubles au-dessous de leur valeur; aussi, dans presque toutes les coutumes, se vit-on forcé d'introduire l'usage d'ajouter au montant de l'estimation un supplément de prix qu'on appelait *crue* ou *parisis* : ce supplément était généralement fixé au quart. — Aujourd'hui, les experts n'étant plus responsables, la loi met fin à cet usage en ordonnant que les meubles seront estimés à *juste prix et sans crue*.

tant de la vétusté ou de l'usage, est controversée : pour l'affirmative, on dit que l'article 453 ne distingue pas entre les différentes causes qui empêchent de représenter les meubles en nature; qu'il apporte ainsi une exception à la règle générale de l'article 589, exception fondée sur ce que le législateur n'a pas voulu rendre trop onéreuse pour le mineur la charge de l'usufruit paternel ; que l'usufruitier doit d'ailleurs s'imputer de ne pas avoir fait vendre les meubles qu'en les conservant, il a manifesté l'intention de courir la chance ; que sa position diffère essentiellement, sous ce rapport, de celle de l'usufruitier ordinaire (1). — Quoi qu'il en soit, on ne saurait admettre que le législateur ait entendu traiter les père et mère plus rigoureusement que ce dernier, alors qu'il ne les astreint pas même à donner caution (601). Les mots qui terminent le premier alinéa de l'article 453 nous paraissent avoir le même sens que ceux-ci, employés dans les articles 589, 950 et 1556 : *dans l'état où ils se trouvent;* ils signifient dans un état tel que la chose puisse encore servir, quand même elle serait gravement détériorée. (Valette sur Proudhon, p. 374.)

Remarquons surtout que l'exception introduite en faveur des père et mère est restreinte à la durée de leur jouissance : dès qu'elle a cessé, par une cause quelconque, la règle générale de l'article 452 reprend son empire : ainsi les père et mère doivent, comme tuteurs, faire vendre les meubles qu'ils n'ont pas été autorisés à conserver en nature; ces mots de l'article 453 : *tant qu'ils ont la jouissance légale*, ne laissent d'ailleurs aucun doute à cet égard.

Faute par les père et mère de représenter les meubles dont ils ont eu la jouissance légale, ou de justifier que ces meubles ont péri de vétusté ou par cas fortuit, ils doivent en payer la valeur, suivant l'estimation portée à l'état estimatif (arg. des art. 950 et 1302).

Quels sont leurs droits sur les meubles dont on ne peut faire usage sans les consommer? Ils en deviennent propriétaires, à charge par eux, lors de l'extinction de l'usufruit légal, d'en payer l'estimation ou de rendre des choses de même nature en pareille quantité. (*Voyez* art. 587.)

Règlement des dépenses du mineur.

L'inventaire et la vente du mobilier ne sont pas les seules opérations préliminaires qui accompagnent l'établissement de la tutelle : le tuteur (autre toutefois que le père et la mère, dont les intentions ne peuvent être suspectées) doit en outre faire déterminer par le conseil de famille : 1° la somme à laquelle s'élèvera la dépense annuelle du mineur ; 2° la somme nécessaire pour l'administration de ses biens ; 3° la somme à laquelle commencera pour lui l'obligation de faire emploi de l'excédant des revenus sur les dépenses (455 et 456) ; 4° les époques auxquelles il sera tenu de remettre des états de situation, si le conseil de famille juge à propos de lui en demander (470).

(1) Proudhon, Usuf., nos 2636 et suiv.; Dur., no 843.

Souvent, le conseil de famille détermine le genre d'éducation que le mineur devra recevoir, et prescrit des règles sur l'administration des biens (1) : toutefois, il ne peut, sous ce dernier rapport, modifier l'autorité des père et mère, sauf le cas où la tutelle serait celle de la mère convolant à de secondes noces (art. 395 et 396) (2).

454 — Lors de l'entrée en exercice de toute tutelle, autre que celle des père et mère, le conseil de famille réglera par aperçu, et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle d'administration de ses biens.

Le même acte spécifiera si le tuteur est autorisé à s'aider, dans sa gestion, d'un ou plusieurs administrateurs particuliers, salariés, et gérant sous sa responsabilité.

= Le conseil de famille doit régler par aperçu la dépense annuelle du mineur, eu égard à sa fortune et aux espérances qu'il peut raisonnablement concevoir : tout dépend *ex personâ*, *ex tempore*, *ex conditione* (ff. ub. pup. l. 1er, § 1er; l. 2, § 1er).

Ce règlement doit avoir lieu *dans toute tutelle* sans distinction : cependant, la loi excepte le cas de tutelle légitime du survivant des père et mère, sans distinguer s'ils ont ou non l'usufruit légal : c'est là un hommage rendu à leur qualité. La sollicitude paternelle est un sûr garant que le pupille recevra une éducation convenable, en rapport avec ses ressources et avec la position sociale de sa famille.

Nous supposons que le survivant est tuteur légitime : rappelons à cette occasion que, si le conseil de famille réintègre dans la tutelle la mère qui en a été déchue, à raison de ce qu'elle ne s'est pas conformée aux prescriptions de l'article 395, cette tutelle sera dative ; en sorte qu'il y aura lieu au règlement des dépenses annuelles du mineur, conformément à l'article 454, et, par suite, à l'application de l'article 470. (Demolombe, nos 146 et 630.)

En principe, la dépense ne peut dépasser les revenus, déduction faite des frais et des charges; il faut même en régler le montant de telle manière qu'il y ait, autant que possible, quelques économies.

Cependant, en certaines circonstances, le conseil de famille doit autoriser le tuteur à prendre, même sur les capitaux : par exemple, si le mineur avait pour tout avoir une faible somme, il serait d'une bonne administration d'employer cette somme, en tout ou en partie, à procurer au mineur un établissement, ou à lui faire apprendre un état. (Pothier, Des personnes, première partie, t. 6, art. 4.) — Cette considération a déterminé les auteurs du Code à retrancher du projet un article

(1) Dur., nos 528 et 529; Toullier, t. 2, no 1205; — Cass., 8 août 1815; Toulouse, 2 juillet 1821, Dev. Pal.

(2) Rouen, 8 août 1827; Agen, 14 décembre 1850, Pal. Dev., 1851, 2, 291. *Voy.* cep. Toulouse, 28 juillet 1832, Dev., 1833, 2, 76.

portant que *les dépenses ne pourraient excéder le montant des revenus.*

La délibération qui autoriserait le tuteur à prendre sur le capital pour subvenir aux dépenses du mineur, serait-elle sujette à homologation ? Delvincourt, p. 123, n° 2, se prononce pour l'affirmative, sans donner de motifs. — Demolombe, n° 601, et Duranton, n° 559, t. 3, décident le contraire. Cette opinion, selon nous, doit prévaloir. Il est de principe, en effet, qu'on ne peut ajouter au texte, lorsqu'il s'agit de formalités restrictives; or l'homologation est bien prescrite pour aliéner, pour hypothéquer ou pour emprunter (457 et suiv.); mais aucune loi ne prescrit cette condition pour la validité de l'emploi d'un capital, surtout dans le cas spécial qui nous occupe : concluons de là qu'elle n'est pas nécessaire, que l'appréciation du conseil de famille est souveraine.

Le règlement des dépenses annuelles du mineur par le conseil de famille n'est pas irrévocable : nul doute qu'il peut être augmenté ou diminué pendant le cours de la tutelle, eu égard aux circonstances. — Mais le tuteur ne saurait prendre sur lui de le dépasser, sans engager sa responsabilité, c'est-à-dire, sans s'obliger à justifier, vis-à-vis du mineur, lors de la reddition de ses comptes (470), de l'urgence ou de l'utilité des dépenses : par exemple, on considérerait comme parfaitement légitimes celles qui auraient été occasionnées par un événement de force majeure, tel qu'une maladie grave dont le mineur aurait été atteint, ou une condamnation qui l'aurait frappé.

Le conseil de famille fixe le montant des frais de gestion eu égard à la nature des biens, à leur importance et à leur état. — Nous verrons plus loin que c'est également lui qui apprécie l'utilité des constructions, des grosses réparations ou des améliorations que projette le tuteur pendant sa gestion : ainsi, de même qu'il a un pouvoir de direction sur la personne, de même il a sur les biens un pouvoir indirect d'administration.

A cette occasion, nous répéterons encore qu'il n'y a rien d'irrévocable dans le règlement fait par le conseil de famille : nul doute que ce règlement peut être modifié, si les circonstances l'exigent.

Il est bien entendu qu'en fixant une somme soit pour les frais d'éducation, soit pour l'administration des biens, le conseil de famille ne traite pas comme à forfait avec le tuteur, et que ce dernier doit toujours établir un compte justificatif de ses dépenses. (Demolombe, n° 664.)

Nous admettrons en outre, par une conséquence rigoureuse des mêmes principes, que le tuteur peut répéter le montant des dépenses légitimes qu'il justifie avoir faites pour le mineur, bien qu'elles dépassent le budget que le conseil de famille a dû arrêter au moment de l'entrée en gestion.

Par le même acte qui détermine la dépense annuelle du mineur, c'est à-dire, dans la même séance, par le même procès-verbal, le conseil de famille autorise le tuteur, s'il y a lieu (par exemple, à raison de la grande fortune du mineur, du mode d'exploitation de ses biens ou de toute autre circonstance particulière), à se faire aider par un ou plusieurs administrateurs *salariés* qui géreront sous sa responsabilité. Ces admi-

nistrateurs seront pour le tuteur de véritables mandataires qu'il pourra choisir ou révoquer à sa volonté. Le mineur n'aura pas d'hypothèque légale sur leurs biens. (Magnin, nº 612; Demolombe, nº 607.)

Le conseil de famille fixe le montant des salaires : s'il n'a rien déterminé à cet égard, le tuteur devient arbitre de l'importance des services rendus; mais il doit, comme de raison, proportionner aux revenus du mineur les rémunérations qu'il accorde.

Ici s'élève une question : dans le deuxième alinéa de l'article, la loi ne répète pas, pour le cas de tutelle des père et mère, l'exception qu'elle a établie dans le premier : s'ensuit-il que le conseil de famille ait le droit de fixer le salaire des agents que le survivant pourra employer? Le doute ne peut naître que pour l'époque à laquelle l'usufruit l'égal aura cessé (384); car jusqu'alors le survivant, profitant de tous les revenus, peut en faire tel usage que bon lui semble : — d'une part, on dit que la position du survivant est celle d'un tuteur ordinaire; que devant rendre compte des fruits perçus, il ne peut porter dans ce compte des dépenses que ce dernier n'aurait pas été autorisé à faire.—Quoi qu'il en soit, nous adopterons l'opinion contraire; car les mêmes raisons qui ont fait établir une exception en faveur du survivant, pour le cas où il s'agit de régler les dépenses annuelles du mineur, se représentent sur le point de savoir s'il pourra se faire aider d'un administrateur salarié. — Remarquez, d'ailleurs, ces mots qui commencent le deuxième alinéa : *le même acte*, etc., c'est-à-dire, l'acte qui règle les dépenses annuelles : or, ce règlement n'a pas lieu lorsque la tutelle est celle des père et mère; le premier alinéa fait exception pour ce cas : il faut donc interpréter le deuxième par le premier, puisqu'il s'y refère; l'un et l'autre se lient essentiellement.

— Les articles 454, 456 et 470 sont-ils applicables aux père et mère qui, après s'être fait excuser de la tutelle, ont ensuite été nommés par le conseil de famille? ∿ L'affirmative nous paraît certaine; car les père et mère ne sont plus alors que des tuteurs datifs. (Demolombe, nº 631).

La mère survivante qui n'a pas été maintenue dans la tutelle conserve néanmoins l'autorité paternelle, et, par suite, le droit d'éducation et de direction; mais un tuteur datif administre alors tous les biens : le conseil de famille peut-il, en ce cas, déterminer la somme à laquelle s'élèvera la dépense annuelle du mineur? Nous supposons, bien entendu, que le survivant n'a pas la jouissance légale; autrement, percevant tous les fruits, il supporterait toutes les charges, et par conséquent la question ne pourrait s'élever. ∿ D'une part, on peut dire que l'autorité paternelle se trouverait paralysée, si le conseil de famille pouvait déterminer la dépense annuelle du mineur. ∿ Mais ne perdons pas de vue que le mineur se trouve, en définitive, soumis à une tutelle dative; or, ne serait-il pas anormal, et même étrange, de laisser, en ce cas, au survivant la faculté d'exiger du tuteur le montant total des revenus? Ne serait-ce point là méconnaître tous les principes établis sur cette matière?—Il nous semble rationnel de décider que le tuteur ne devra verser de fonds au survivant, qu'autant qu'il y sera autorisé par le conseil de famille, sauf ensuite à ce dernier son recours devant le tribunal, s'il y a lieu. (Demolombe, nº 632.)

Doit-on conclure de ces mots qui terminent le 2e alinéa de l'article 454 : *le même acte spécifiera*, etc., que le tuteur ne pourrait, sans y être autorisé par le conseil de famille, donner mandat à un tiers *pour certaines affaires déterminées?* ✓✓ Cette question se rattache essentiellement à celle de savoir si un mandataire peut exécuter son mandat par délégation, question encore vivement débattue; mais, dès à présent, nous dirons qu'elle nous semble résolue par les termes mêmes de l'article 1994 : en principe, le mandataire peut, à ses risques et périls, substituer un tiers à son mandat, à moins que la nature de ses fonctions ou les textes ne s'y opposent : or, nous ne voyons pas en quoi l'exercice de cette faculté serait contraire à la nature des fonctions du tuteur. D'ailleurs on ne trouve, dans les textes de la tutelle, aucune règle prohibitive, du moins ce ne peut être là qu'une question de fait que les tribunaux apprécieront : où sont les inconvénients? Le tuteur cesse-t-il d'être responsable? le subrogé tuteur n'est-il pas toujours là pour veiller aux intérêts du pupille et pour signaler au conseil de famille les abus qui pourront se manifester (1)?

Mais pourrait-on aller jusqu'à reconnaître au tuteur la faculté de conférer à un tiers l'administration générale de toutes les affaires de la tutelle? ✓✓ La position serait alors bien différente : le tuteur abdiquerait ainsi, en quelque sorte, son mandat : or, il ne faut pas oublier que la tutelle est une charge personnelle (419). — Au surplus, les tribunaux apprécieront ; mais, quoi qu'il arrive, le tuteur ne cessera pas d'être responsable (2).—Quant au mandataire, il le deviendra, à raison de son mandat (arg. de l'article 395 ; Demolombe, no 609) (3).

455 — Ce conseil déterminera positivement la somme à laquelle commencera, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense : cet emploi devra être fait dans le délai de six mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi.

= Après avoir déterminé le montant de la dépense annuelle du mineur, le conseil de famille fixe la somme à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation de placer l'excédant des revenus sur la dépense : par exemple, il doit décider que le tuteur sera tenu de faire emploi des sommes qui se trouveront entre ses mains, dès que les épargnes accumulées formeront un capital de... Il importe que les fonds libres du mineur ne restent pas inactifs.

Rien ne s'oppose à ce qu'une semblable délibération soit prise durant la tutelle.

L'emploi doit être fait suivant le mode fixé par le conseil de famille : si le conseil n'a rien déterminé à cet égard, le tuteur peut faire ce qu'il croit le plus utile, eu égard à la fortune qu'il administre et à la position sociale du mineur (4). Mais, en général, il se trouve à l'abri de toute

(1) Demolombe, no 608; — Caen. 30 décembre 1843.

(2) Cass., 14 janvier 1835, D., 1835, 1, 88.

(3) Caen, 17 mars 1813 et 30 mars 1844; Rouen, 27 avril 1817, D., 1817, 2, 108.

(4) Delv., p. 122, no 5; Magnin, no 685; Zach., p. 562; D., t. 12, p. 739; Pigeau, t. 2, p. 484 et suiv.

responsabilité, lorsqu'il a employé les deniers en acquisition soit d'immeubles, soit de rentes sur l'État, ou en placements hypothécaires.

Six mois, à compter du jour où la somme s'est trouvée complétée entre ses mains, sont accordés au tuteur pour faire emploi : après l'expiration de ce délai, il est tenu, par le seul effet de la loi (1), de l'intérêt des sommes non placées qui excédaient les besoins du mineur, même de celles dont il était personnellement débiteur. (Dur., n° 56.)

Ces intérêts, se trouvant capitalisés, deviennent à leur tour productifs d'intérêts (2), sauf au tuteur à démontrer qu'il n'a pas été en son pouvoir de faire un placement utile, ou qu'il convenait d'attendre un moment favorable.

On voit, d'après cela, que le tuteur doit faire rentrer, avec le plus grand soin, tous les fonds du pupille (3).

Ajoutons qu'il pourrait devenir responsable de l'insolvabilité survenue depuis l'exigibilité, et que, dans tous les cas, il devrait compte de l'intérêt des sommes tardivement remboursées. (Arg. de l'art. 1382, Val. sur Proud., p. 362.)

S'il est lui-même débiteur, il doit l'intérêt à partir de l'exigibilité de sa dette. (L. 9, § 3, ff. de adm. et per. tut., lib. 26, t. 27.)

Toullier, n° 1215, décide que, faute de placement dans les six mois, le tuteur doit l'intérêt à partir du jour où il a reçu les fonds, parce qu'il est présumé s'en être servi; que les articles 455 et 456 sont restreints au cas où le tuteur a placé l'argent.— Mais cette opinion est contraire aux textes des art. 455 et 456 : la loi ne présume pas l'emploi; loin de là, c'est la présomption contraire qui prédomine : « *A défaut d'emploi...,* » porte l'article 455. (Dur., n° 652.) Tout au plus appliquerions-nous la doctrine de Toullier, au cas où le tuteur lui-même serait le débiteur : on pourrait dire alors qu'il a profité de la somme (4) ; encore faudrait-il pour cela qu'il ne l'eût point portée au compte du mineur à l'époque de l'exigibilité, car cette mention équivaudrait au payement réel : le tuteur, en effet, ne tient pas deux caisses, l'une pour lui, l'autre pour le pupille.—Comme on le voit, le tuteur échapperait si facilement à l'exception que l'on veut établir contre lui, qu'il vaut mieux le laisser soumis à la règle commune.

Observons qu'en accordant au tuteur un délai de six mois pour faire le placement des capitaux, la loi ne se propose pas de lui procurer un bénéfice, mais bien de lui laisser le temps de trouver un placement convenable : d'où il résulte que s'il a fait emploi des fonds avant l'expiration de ce délai, les intérêts courent au profit du mineur (1996) (5).

Cette dernière décision s'appliquerait notamment au cas où le tuteur aurait employé les deniers à ses propres affaires; ce serait là un placefait entre ses mains (1996).

(1) Lyon, 16 août 1835, D., 1835, 2, 11.
(2) Cass., 30 avril 1835, Dev., 1835, 1, 555; Dal., 1838, 1, 88.
(3) Demolombe, n° 620; Cass., 28 novembre 1842, Dev., 1843, 1, 323.
(4) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 362, n° 4.
(5) Cass., 21 avril 1830, D., 1830, 1, 221.

Il est même admis que le tuteur doit faire emploi, sans attendre que le chiffre fixé soit réalisé, lorsque les circonstances l'exigent : la loi, dit Demolombe, nº 614, a statué pour les cas ordinaires ; le tuteur doit administrer en bon père de famille, pour le plus grand intérêt du mineur : c'est là une règle fondamentale, commune à tous ceux qui gèrent le bien d'autrui.

Le tuteur peut obtenir du conseil de famille l'autorisation de conserver entre ses mains une somme suffisante pour subvenir aux dépenses imprévues du mineur; car il n'est pas tenu de faire d'avances.

— La loi impose au tuteur le devoir de placer, dans le délai de six mois, l'excédant des revenus sur les dépenses : que doit-on décider à l'égard des capitaux trouvés dans la succession et de ceux qui proviennent de la vente des meubles? Il y a lieu d'appliquer les mêmes règles; l'analogie est parfaite : — la loi garde le silence sur les capitaux, parce qu'elle s'occupe uniquement des économies faites sur les revenus. L'article 1065 présente, au surplus, un argument péremptoire.

Des doutes peuvent s'élever quant aux capitaux que le tuteur a reçus pendant le cours de son administration : quelques personnes pensent qu'il faut appliquer en ce cas la règle de l'article 1066, qui restreint à trois mois le délai accordé pour faire emploi : mais nous ne pensons pas que l'on doive appliquer ici les règles sur les substitutions, car ce sont là des matières distinctes, régies par des lois spéciales; rien ne justifierait d'ailleurs la restriction à trois mois du délai accordé pour placer les capitaux remboursés, alors que six mois seraient accordés pour faire le placement du capital composé d'économies provenant des revenus. On comprendrait mieux la règle inverse, dit avec raison Valette sur Proudhon, p. 361, car il est facile de prévoir à l'avance quel sera l'excédant des revenus sur les dépenses; tandis que, souvent, on ne pourra prévoir certaines rentrées de capitaux, par exemple, des remboursements de rentes. (*Voy.* aussi Demolombe, nos 618 et 619.)

456 — Si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il devra, après le délai exprimé dans l'article précédent, les intérêts de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit.

= Lorsque la somme à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation de faire emploi (455) n'a pas été déterminée, quelque minime qu'elle soit, l'excédant forme un nouveau capital à son tour productif d'intérêts. Le tuteur doit donc avoir soin d'en faire le placement.

Si l'emploi n'avait pas eu lieu, le tuteur (même le père ou la mère, la loi ne distingue pas) (1) serait comptable des intérêts à partir de l'expiration des six mois (2).

(1) Magnin, nº 689; — Bordeaux, 5 août 1841, Pal., 1841, 2, 745. Suivant Dur., nº 561, l'article 456 doit être combiné avec l'article 454, lequel dispense le père et mère de faire régler par le conseil de famille la dépense annuelle du mineur : mais rien ne justifie cette interprétation.

(2) Nancy, 19 mars 1830, S., 30, 2, 345; D., 30, 2, 188; Lyon, 16 février 1835, D., 35, 2, 110. — Le tuteur doit l'intérêt à partir du jour où la somme s'est trouvée entre ses mains. (Toullier, nº 1215.)

Il est bien entendu que cette règle exorbitante du droit commun ne peut recevoir d'extension, et qu'elle cesse d'être applicable lors de la majorité du pupille.

Si le tuteur a employé les deniers à son usage, il doit l'intérêt du jour de l'emploi; mais, jusqu'à preuve contraire, on présume que les fonds sont restés libres entre ses mains.

Il faut observer que le tuteur ne doit pas seulement les intérêts de l'excédant des revenus sur la dépense, mais encore ceux de toutes autres sommes, que ces sommes proviennent de la rentrée des capitaux ou de la vente des biens.

Si le tuteur est lui-même débiteur du pupille, il doit l'intérêt à partir du jour où sa dette est devenue exigible, quand même cette dette aurait été prêtée originairement sans intérêt; car il y a deux personnes en lui (*debuit à semetipso exigere*); une novation s'est opérée.—Mais s'il est prouvé que la somme a été versée dans la caisse du mineur, ou du moins qu'elle a été portée à son actif, l'intérêt ne court qu'à partir de l'expiration des six mois (Dur., n° 565; Toullier, n° 1216; Magnin, n° 660) (1).

— Les dispositions des articles 454, 455, 456 et 470 sont-elles applicables à la tutelle des père et mère? Écartons d'abord deux points, car le texte s'en explique : le conseil de famille ne peut ni déterminer la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ni obliger le père ou la mère à fournir des états de situation (454, 1re part., 470). Mais lui appartient-il de spécifier si le survivant pourra se faire aider par des administrateurs salariés, et de déterminer la somme à laquelle commencera pour lui l'obligation de faire emploi (454, 455 et 456)? Il nous paraît d'abord évident que ces articles sont inapplicables aux père et mère pendant la durée de l'usufruit légal; et, en effet, puisqu'ils perçoivent à leur profit tous les fruits, puisqu'ils se trouvent investis, par l'effet de l'autorité paternelle, du droit d'éducation et de direction, comment admettre que le conseil de famille puisse fixer la fraction des revenus qui devra être appliquée aux dépenses annuelles du mineur, déterminer la somme à partir de laquelle commencera pour lui l'obligation de faire emploi, ou spécifier s'il pourra s'aider d'un ou de plusieurs administrateurs? Ne serait-ce point là une inconséquence? Evidemment les art. 454, 455 et 456 s'expliquent l'un par l'autre; les deux derniers ne sont que le développement du premier.—L'article 454, 2e partie, nous fournit d'ailleurs un argument de texte : il résulte de cet article que la question de savoir si le tuteur se fera aider par un administrateur salarié, doit être résolue *par le même acte* qui règle la dépense annuelle du mineur : or, nous avons établi, que cet acte ne peut concerner les père et mère.—Ajoutez que l'art. 457 commence par ces mots : « *le tuteur, même le père ou la mère....* » ce qui suppose que les articles précédents leur sont étrangers. — Nous irons plus loin : les articles 455 et 456 sont inapplicables même après l'extinction de l'usufruit légal : d'une part, en effet, les textes, conçus en termes généraux et absolus, dispensent les père et mère de l'observation de ces mesures; d'autre part, la tendresse des père et mère présente des garanties qui les rendent inutiles. Nous n'entendons pas dire, assurément, qu'ils sont affranchis de toute responsabilité à raison de leur incurie,

(1) Delv., p. 125, n° 4, pense que la dette produira des intérêts à partir du jour où elle sera devenue exigible.

de leur négligence, de leur prodigalité, ou du retard qu'ils auraient mis à faire emploi de l'excédant du revenu ; mais ce ne sera là qu'une application des règles générales (450) sur le mandat. (Demolombe, nos 628 et 629; Zach., t. 1er, p. 224; Dur., no 561.)

Pouvoirs du tuteur.

Nous avons terminé l'exposé des mesures préliminaires que le tuteur doit observer lors de son entrée en gestion; passons maintenant aux actes d'administration.

Le tuteur a pour mission principale de prendre soin de la personne du mineur; l'administration de ses biens n'est qu'une charge secondaire : auss iavons-nous admis qu'il y a lieu à la tutelle, lors même que le mineur n'a pas de biens : *tutor personæ non rei datur*. Quoi qu'il en soit, par une étrange inconséquence, la loi s'est pour ainsi dire exclusivement occupée de l'administration des biens.

En principe, le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils; dès lors, il peut faire a ce titre tous les actes qui ne lui sont pas interdits expressément, ou qu'une loi spéciale n'a pas assujettis à certaines restrictions.

Des auteurs graves combattent néanmoins cette théorie comme trop absolue : le tutenr, disent-ils, est seulement chargé d'*administrer* (450); par conséquent, il ne représente le mineur que dans les limites des pouvoirs d'un administrateur. C'est là une erreur : nous voyons, en effet, que le législateur a réuni sans distinction, sous cette rubrique de la section 8 : *De l'administration du tuteur*, tous les actes qui intéressent le mineur. D'ailleurs, en combinant les diverses dispositions de ce chapitre, on reconnaît que le mot *administrer* exprime ici la gestion du tuteur en général; qu'il n'a point pour objet de distinguer, parmi les actes d'administration, ceux que le tuteur peut faire seul, de ceux qui sont soumis à certaines formes.—Telle était, au surplus, l'acception donnée à ce mot dans notre ancienne jurisprudence, quand il s'agissait de déterminer les pouvoirs du tuteur : *Tutor qui tutelam gerit quantùm ad providentiam pupillarem domini loco habetur*, porte la loi romaine. (L. 27, ff. de adm. tut.) — On lit dans l'Ancien Denizart (vo Tuteur, no 75, t. 4) que le tuteur, étant mis par la loi aux lieu et place du maître, doit avoir les mêmes droits que lui —Pothier (Traité des personnes, part. 1re, tit. 6, art. 111, § 11) pose en principe que le fait du tuteur est celui du mineur. — Enfin, on lit dans Meslé (Traité des minorités, part 1re, chap. 8, no 17) que, dans l'origine, les tuteurs avaient tous peuvoirs pour la vente des biens du mineur.

Mais quelle est l'autorité des actes que le tuteur a faits en cette qualité? Distinguons :

Si le tuteur n'a pas dépassé les limites de son mandat, ces actes ne profitent qu'au mineur et n'obligent que lui : *factum tutoris*, *factum pupilli* (1).

(1) Bordeaux, 8 décembre 1831, Dev., 1832, 2, 365.

Toutefois, le tuteur est soumis à l'action des tiers dans trois cas : 1° lorsqu'il ne leur a pas donné connaissance suffisante du titre en vertu duquel il agissait (1998) ; — 2° lorsqu'il a commis un dol à leur égard ; — 3° lorsqu'il s'est rendu coupable envers eux d'un quasi-délit, par exemple, en introduisant, par un sentiment de pure malveillance, un procès sans aucun intérêt pour le mineur (1).

Si le tuteur a excédé ses pouvoirs, par exemple, s'il a vendu un immeuble du mineur sans observer les formalités requises, les actes qu'il a faits profitent au mineur, mais ils ne peuvent l'obliger : ce qu'il faut entendre en ce sens, que le mineur pourra, lors de la reddition de compte, ou maintenir ces actes, ou refuser de les exécuter. — Cette cause de nullité est indépendante de toute lésion (2). — Le mineur seul peut s'en prévaloir; les tiers n'ont pas ce droit : elle est relative

Le mineur pourrait-il demander la rescision pour lésion des actes qui auraient été consentis par le tuteur dans les limites de son mandat, ou après l'accomplissement des formalités requises? Pour l'affirmative, on argumente des termes généraux de l'article 1305 (3) —Mais la plupart des auteurs décident qu'il faut restreindre cette disposition au cas où c'est le mineur lui-même qui a contracté ; toute autre interprétation conduirait, en effet, à un résultat contraire au but que la loi se propose; car elle ferait tourner contre l'incapable la protection dont la loi veut l'entourer : nul, en effet, n'oserait traiter avec un tuteur, si les actes passés avec lui pouvaient être attaqués pour cause de lésion (4). — Nous reviendrons sur ce point au titre des obligations conventionnelles en général.

Quant à leurs rapports juridiques (abstraction faite des droits et des obligations qui résultent de la tutelle), le tuteur et le pupille se trouvent dans la position où sont placées deux personnes complétement étrangères l'une à l'autre. La règle : *Tutor et pupillus habentur pro personâ unâ*, n'est applicable que lorsqu'il s'agit de faits de tutelle.

Cependant, la loi interdit au tuteur certains actes qui pourraient être consommés valablement avec un étranger : ainsi, « le tuteur ne peut ni » acheter les biens du mineur, ni les prendre à bail, sans l'autorisation » du conseil de famille ; ni se rendre cessionnaire d'aucun droit ou » créance contre son pupille (450). » —Il ne pourrait devenir légataire ou donataire du mineur, à moins qu'il ne fût l'un de ses ascendants (907, al. 1° et 3°). Cette disposition, étant nulle dans son principe, resterait sans effet, lors même que son auteur décéderait en majorité sans l'avoir révoquée ; lors même que les fonctions de tuteur auraient cessé, si le compte définitif de la tutelle n'avait été préalablement rendu et apuré

(1) Nîmes, 2 juillet 1829, Dev. Pal

(2) Dur., t. 10, nos 286 et 287; Troplong, Hyp., t. 2, no 492; Vente, t. 1er, no 166 ; Magnin Minorités, nos 1137 et suiv.; Grenier, Hyp., no 44; Proudhon, no 262 ; Toullier, no 106, t. 6, no 525, t. 7; Merlin, vo Mineur, § 5, no 6; — Amiens, 29 juillet 1824; Cass., 5 décembre 1826 ; Dev. Pal : Paris, 18 mars 1839, Pal., 1839, 1, 337.

(3) Toullier, t. 6, no 106; t. 7, no 573.

(4) Dur., no 374; Magnin, t. 2, no 1127; Zach., t. 2, § 335; Proudhon, t 2, p. 289.

(907 ; *voy.* aussi 472). — Du reste, ce sont là des mesures exceptionnelles; hors les cas déterminés, la règle reprend son empire.

Ces préliminaires posés, passons à l'examen de notre matière :

Après avoir tracé quelques principes généraux sur l'administration du tuteur (450), nous distinguerons cinq espèces d'actes :—1° ceux que le tuteur a qualité pour faire seul ; — 2° ceux qu'il ne peut faire qu'après avoir obtenu l'autorisation du conseil de famille ;—3° ceux pour lesquels l'homologation du tribunal est requise;—4° ceux qui sont soumis à quelques formalités spéciales; — 5° enfin, ceux qui sont interdits au tuteur.

Règles générales sur l'administration du tuteur.

Les devoirs du tuteur peuvent se réduire aux points suivants :
1° Prendre soin de la personne du mineur;
2° Le représenter dans tous les actes civils;
3° Administrer ses biens en bon père de famille;
4° Rendre compte de sa gestion.
Ce dernier point forme l'objet d'une section spéciale.

450 — Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils.

Il administrera ses biens en bon père de famille, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion.

Il ne peut ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer le bail, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille.

= Déterminons d'abord les devoirs du tuteur quant à la personne du pupille : nul sujet, assurément, ne méritait une plus sérieuse attention, et cependant, chose étrange, le législateur s'en est à peine occupé : le tuteur, porte notre article, *prendra soin de la personne du mineur :* voilà tout ; silence complet sur l'étendue des pouvoirs du tuteur à cet égard, sur sa responsabilité, sur le mode d'éducation que le mineur devra recevoir : il faut donc suppléer, par l'interprétation, à ce laconisme vraiment regrettable.

Le soin de la personne suppose naturellement, dans celui qui en est tenu, les droits de garde et d'éducation : c'est dès lors au tuteur qu'il appartient de veiller sur la conduite du mineur, de lui procurer une éducation convenable selon ses moyens et son état, de pourvoir à son entretien, etc. (1).

Mais est-ce à dire que cette règle soit absolue? que le tuteur doive

(1) Pothier, Traité des personnes, 1re partie, t. 6, art. 4; Merlin, Rép., v° Éduc., § 1er, n° 5.

être nécessairement chargé de la garde et de l'éducation du mineur? que la tutelle perdrait son caractère, s'il était privé de ces sortes de droits? Non sans doute : ainsi, lorsque le survivant des père et mère, déchu de la tutelle, a conservé néanmoins la puissance paternelle, on s'accorde à reconnaître que le soin de la personne continue de lui appartenir comme attributs de son autorité (*v.* p. 296 et 297) (1). — Cette décision, du reste, est corroborée par les articles 372 et 381 : le premier déclare que l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa *majorité* ou son *émancipation;* le deuxième, que le droit de correction, conséquence du droit d'éducation, appartient *à la mère survivante :* il ne distingue pas si elle est ou non tutrice légale.

Tenons donc pour principe que le soin de la personne du mineur n'est pas de l'essence, mais seulement de la nature des pouvoirs du tuteur.

Par suite, nous admettrons que le conseil de famille peut restreindre à l'administration des biens les pouvoirs du tuteur; qu'il a cette faculté, non-seulement lorsque la tutelle est dative ou testamentaire, mais encore lorsque c'est un ascendant *autre que le père ou la mère* qui en est chargé.

Les doutes qui pourraient s'élever sur ce point fléchiraient au besoin devant les articles 477 et 478 : le premier confère le droit d'émancipation, d'abord aux père et mère, lors même qu'ils ne sont pas tuteurs; le deuxième attribue le même droit au conseil de famille, à leur défaut, sans avoir égard aux ascendants qui pourraient exister. — Nous trouvons encore un argument péremptoire dans l'article 454, lequel déclare que, dans toute tutelle autre que celle du père ou de la mère, le conseil doit régler, par aperçu, la somme à laquelle s'élèvera la dépense annuelle du mineur : comment pourrait-il déterminer ce chiffre, si on lui refusait la faculté de délibérer sur la garde du mineur et sur le genre d'éducation qu'il devra recevoir? — donc, le conseil de famille est arbitre souverain des mesures à prendre quant à la personne de l'enfant, lorsque la puissance paternelle est éteinte; sauf, bien entendu, le recours du tuteur contre la délibération, s'il y a lieu (883 Pr.); donc, les droits de garde et d'éducation n'appartiennent pas nécessairement aux aïeuls chargés de la tutelle (2)

Quelques auteurs (3) soutiennent, par argument de l'article 450, premier alinéa, que le droit de garde est le seul qui puisse être enlevé au tuteur; que le droit d'éducation est un attribut essentiel de son autorité; que le conseil de famille n'a d'autre droit que celui de destituer le tuteur en exercice, s'il manque à ses devoirs. Déjà nous avons combattu cette doctrine; ajoutons qu'elle aurait pour résultat d'annihiler le devoir de surveillance imposé au conseil de famille (4).

(1) Poitiers, 11 juin 1811, Dev. Pal.

(2) Toullier, t. 2, no 1184; Dur., no 529; Chardon, Puiss. tut., nº 306; — Cass., 8 août 1815; Rouen, 5 mai 1814; Colmar, 29 août 1822; Paris, 24 pluviôse et 15 messidor an XII, Dev. Pal. *Voy.* cep. Magnin, Des minorités, nº 607, t. 1er; Turin, 9 décembre 1808.

(3) Locré, p. 235, t. 6; Magnin, nº 60.

(4) Demolombe, nos 535 et suiv.; Dur., nos 528 et 530; Zach., t. 1er, p. 223 et 225; Toullier,

Quoi qu'il en soit, il est exact de dire qu'en principe, l'enfant est sous la garde et sous la direction de son tuteur; que le conseil de famille est censé le confirmer dans cette mission, lorsqu'il n'en a pas chargé un tiers.

Le tuteur a naturellement le droit de correction, puisque c'est là une conséquence du droit de direction; mais nous verrons plus loin que les pouvoirs du tuteur, sous ce rapport, sont moins étendus que ceux qui résultent de la puissance paternelle. (*Voy.* art. 468.)

Enfin, le tuteur est autorisé à provoquer l'émancipation du mineur. (*Voy.* art. 478 et 479.)

Nous avons vu que le tuteur n'est appelé à donner son consentement ni pour le mariage, ni pour l'émancipation du mineur, et qu'il ne peut, de sa propre autorité, autoriser le mineur à contracter un enrôlement volontaire. (Loi du 21 mai 1832, art. 32.)

Passons aux devoirs généraux du tuteur, en ce qui touche l'administration de ses biens.

Le tuteur, porte notre article, *représente* le mineur dans tous les actes civils, c'est-à-dire, qu'il comparaît et figure, en son lieu et place, dans toutes les instances et dans tous les actes qui ont pour objet des intérêts pécuniaires : son mandat est général (450); le mot *administrer*, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, est employé ici dans l'acception la plus large.

Toutefois, les pouvoirs du tuteur sont restreints aux actes susceptibles d'être faits par délégation : hors de cette limite, il est sans qualité.

Par exemple, le mineur doit comparaître en personne devant l'officier public, quand il s'agit de son mariage ou d'une reconnaissance d'enfant. (*Voy.* p. 498, t. 1er.) — C'est lui qui stipule et qui dispose par contrat de mariage, avec le consentement et l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la validité de son mariage (1095, 1309, 1389, 1398).—Un engagement militaire ne peut émaner que de lui (art. 32 de la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée). Voyez au surplus nos observations sur l'article 374. — Enfin, il résulte de l'article 1310 que le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de ses délits ou de ses quasi-délits.

Signalons ici une différence entre les règles de la loi romaine et la législation du Code : à Rome, le pupille qui n'était plus *infans vel infantiæ proximus*, traitait personnellement ses propres affaires ; le tuteur se bornait à l'assister : chez nous, au contraire, le tuteur seul est en scène ; le mineur ne comparaît pas. Cette innovation, dictée principalement par le désir de maintenir le mineur dans un état de soumission, a pour lui de graves inconvénients : il est dangereux, en effet, de laisser un jeune homme complétement en dehors de l'administration de ses biens jusqu'à l'âge de 21 ans accomplis, et de lui conférer tout à coup

nos 1180 et 1184; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 555 ; — Toulouse, 2 juillet 1821; Cass., 8 août 1815; Colmar, 29 août 1822, Dev. Pal.

une pleine capacité, même celle de disposer à titre gratuit. La loi romaine était certes plus rationnelle; car elle procurait au mineur le moyen d'acquérir graduellement l'expérience des affaires, et de se soustraire aux piéges que la cupidité ne manque jamais de tendre à la jeunesse dans les premiers temps de la majorité : enfin, la loi est ainsi faite.

Le tuteur doit administrer en *bon père de famille* (1), c'est-à-dire, comme un propriétaire soigneux, intelligent et économe : cette expression se trouve répétée dans plusieurs textes. (*Voyez* notamment les articles 601, 692, 1137, 1728 et 1880).

Comme sanction de ce devoir, la loi soumet le tuteur à des dommages-intérêts en cas de mauvaise gestion (1382) : ce qui arriverait, par exemple, s'il avait laissé prescrire une créance du mineur; s'il avait négligé de faire vendre les meubles autres que ceux dont le conseil de famille aurait ordonné la conservation, etc.

Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la gravité des fautes commises par le tuteur, et pour déterminer l'étendue de sa responsabilité.

Pour sûreté du payement de ces dommages-intérêts, la loi donne au mineur, à partir du jour où la tutelle a été acceptée (2135), une hypothèque sur les biens de son tuteur (2121). — Cette hypothèque subsiste même indépendamment de toute inscription (2135).

Nous reviendrons plus loin sur le troisième alinéa de l'article 450; cette disposition appartient à un autre ordre d'idées.

Il nous reste, pour compléter nos observations sur cet article, à rechercher si le mineur a qualité pour faire les actes qui rentrent dans les attributions du tuteur.

Les divers articles combinés de ce chapitre démontrent que le système d'une administration unique est dans l'esprit de la loi; que le tuteur a l'exercice de tous les droits du mineur relatifs à ses intérêts pécuniaires : mais comment concilier cette doctrine avec la règle que le mineur peut se faire restituer en cas de lésion (1305)? S'ensuit-il que la loi ait entendu constituer, pour la même administration, deux agents presque rivaux, ayant chacun de son côté le droit de faire les mêmes actes? Non sans doute : le législateur a seulement voulu régler l'hypothèse où, par extraordinaire, le mineur aurait lui-même contracté; il a considéré qu'on ne pouvait le priver du bénéfice de la règle qui permet à chacun de rendre sa condition meilleure; mais qu'il convenait de prescrire en sa faveur des mesures protectrices, de le mettre à l'abri des suites de son inexpérience. Telle a été sa seule pensée :— ainsi, retenons bien cette distinction; plus tard nous aurons occasion de la développer : les actes faits par le tuteur *dans les limites de son mandat* sont obligatoires pour le mineur, quand même ils seraient désavantageux. — Le

(1) Cette expression nous vient des Romains : il faut se rappeler, en effet, que dans l'origine, à Rome, le fils de famille n'avait rien en propre. Le *pater-familias* réunissait les qualités d'administrateur et de propriétaire. (D. 195, § 2, ff. de verb. signif.)

mineur peut contracter, mais *sous la condition qu'il ne sera pas lésé* (1305, 1312) : c'est là un point de fait livré à l'appréciation des tribunaux.

Nous supposons, bien entendu, que le mineur a un discernement assez développé pour comprendre l'importance de ses actes : certes on ne maintiendrait pas un contrat passé avec un enfant sans intelligence; ce ne serait pas là un acte sérieux. « Supposera-t-on, disait M. Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs, qu'une personne ayant la capacité de s'obliger contracte avec un enfant qui n'a pas encore l'usage de sa raison? On n'a point à prévoir dans la loi ce qui est contre l'ordre naturel et presque sans exemple. »

Les auteurs s'accordent à décider que l'engagement contracté par un mineur envers son maître de pension est valable; que le mineur peut faire des actes conservatoires, par exemple, prendre inscription sur les immeubles de son tuteur (2139), requérir des appositions de scellés, etc.

Bien plus, l'assignation donnée à la requête du mineur, quoique insuffisante pour former un contrat judiciaire, interromprait le cours de la prescription (2244). — On objectera qu'une assignation nulle ne peut produire aucun effet (2247) ; que le tuteur ne saurait la régulariser par son intervention tardive, puisqu'elle était nulle; que si la ratification du mari ou du conseil de famille efface le vice de l'acte fait par la femme seule, ou par le tuteur sans qualité, il n'en saurait être ainsi de celui qui aurait été fait par le mineur; car la position n'est plus la même : la femme ou le tuteur doit se trouver nécessairement en scène; le mineur, au contraire, ne peut comparaître que par son représentant. — Nous nous bornerons à faire observer que l'article 2247 prévoit le cas de nullité pour vice de forme; tandis que nous supposons le cas de nullité pour incapacité, hypothèse bien différente : les mêmes règles ne peuvent donc s'appliquer à l'un et à l'autre cas. — Dans le silence de la loi, il faut, pour trancher cette difficulté, se référer aux anciens principes : or, dans la plupart de nos coutumes, on admettait que l'assignation donnée à la requête d'une partie, incapable *standi judicio*, interrompait néanmoins le cours de la prescription; qu'elle produisait l'effet d'un acte conservatoire. — Cette doctrine, il est vrai, n'a point passé textuellement dans le Code; mais, puisqu'il résulte de l'ensemble de ses dispositions que le mineur peut toujours rendre sa condition meilleure, qu'il n'est point effacé complétement par son tuteur (1), pourquoi n'appliquerait-on pas cette règle ?

Nous ne pouvons aborder ici la question de savoir quel est, en général, l'effet des actes passés soit par le tuteur, soit par le mineur; question grave et difficile : l'appréciation des divers systèmes qu'elle a fait naître suppose la connaissance de quelques principes sur les obligations conventionnelles. Le siége de cette question se trouve naturellement

(1) Demolombe, n° 810; Troplong, Prescriptions, art. 2247; Merlin, Rép., v^is Mineur, § 8, et Curateur, § 1er, n° 8; Carré, Proc. intr., n° 35; Bioche et Goujet, v° Mineur, § 2, n° 19.

sous les articles 1124, 1125, 1304, 1305 et suiv. combinés. (*Voy.* Demolombe, nos 812 et suiv.)

468 — Le tuteur qui aura des sujets de mécontentement graves sur la conduite du mineur, pourra porter ses plaintes à un conseil de famille, et, s'il y est autorisé par ce conseil, provoquer la reclusion du mineur, conformément à ce qui est statué à ce sujet au titre *de la puissance paternelle.*

= Le tuteur n'est pas appréciateur unique des écarts commis par le mineur; il doit soumettre ses sujets de plainte au conseil de famille : lors même que le conseil a été d'avis de l'incarcération, elle ne peut avoir lieu que par voie de réquisition. (*Voyez* article 382.)

Quant à la mère, nous savons qu'elle ne peut faire détenir son enfant que sous certaines conditions (*voyez* art. 381), bien qu'elle soit investie de la puissance paternelle.

Actes que le tuteur peut faire en sa seule qualité.

Le tuteur est investi du mandat général d'*administrer :* cette expression, ainsi que nous avons eu occasion plusieurs fois déjà de le faire remarquer, reçoit ici le sens le plus large : elle embrasse tous les actes qui intéressent le mineur; ceux que la loi soumet à certaines formalités ou conditions sont seuls exceptés. Sans doute le tuteur agira prudemment, en prenant l'avis du conseil de famille pour les actes importants de sa gestion, afin de ne pas engager sa responsabilité vis-à-vis du mineur; mais toujours est-il que, vis-à-vis des tiers, il a pleine capacité, par cela seul qu'une disposition spéciale ne restreint pas ses pouvoirs.

Ces préliminaires posés, nous admettrons comme principe que le tuteur a qualité pour faire tous les actes qui ont rapport à la jouissance, c'est-à-dire, de tirer des biens le profit qu'ils sont susceptibles de produire.

Le tuteur peut donc louer les meubles du mineur, si telle est leur destination (1711) (1); — passer des baux, en se conformant, pour leur durée et pour l'époque des renouvellements, aux règles prescrites par les articles 1429 et 1430 C. civ. L'article 1718 ne laisse aucun doute à cet égard; il est ainsi conçu : « Les articles du titre du contrat de mariage et des droits respectifs des époux relatifs aux baux des biens des femmes mariées, sont applicables aux baux des biens du mineur. »

Ainsi, les baux de neuf ans et au-dessous, que le tuteur a passés, doivent être exécutés pendant leur cours entier, lors même que la tutelle viendrait à finir avant leur expiration. — S'ils ont été stipulés pour un temps excédant neuf années, le mineur devenu majeur, ou ses

(1) Proudhon, Usuf., t. 3, no 1065.

héritiers, ne sont tenus de s'y soumettre que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore; soit de la seconde, et ainsi de suite, de manière que le fermier ou le locataire n'ait que le droit d'achever la periode de neuf ans où il se trouve (1429).

Les baux de neuf ans ou au-dessous que le tuteur a passés ou renouvelés des biens du mineur plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque, s'il s'agit de maisons, sont sans effet, à moins que leur exécution n'ait commencé avant la fin de la tutelle (1). (*Voy.* toutefois quest. *infrà.*)

De ce que la loi déclare les articles 1429 et 1430 applicables au mineur en tutelle, s'ensuit-il qu'il y ait assimilation complète entre la position du tuteur et celle du mari? que le tuteur, par exemple, ne puisse demander la nullité des baux qu'il aurait consentis hors des termes de la loi? En principe, les baux qui excèdent le terme de neuf années sont considérés comme dépassant les bornes d'une simple administration : que le mari doive respecter de semblables actes, cela se conçoit; car étant en quelque sorte seigneur et maître de la communauté (1421), il peut naturellement disposer comme bon lui semble des fruits produits par les biens qui en dépendent : s'il fait des actes désavantageux, il en supporte les conséquences. Mais la position du tuteur est toute différente : ce n'est point sa propre chose qu'il administre; les biens du mineur ne se trouvent pas confondus avec sa fortune personnelle; il n'est point seigneur et maître, mais mandataire; or, cette qualité n'autorise à faire, en général, que des actes de pure administration : pourquoi donc refuserait-on au tuteur la faculté d'attaquer ceux qu'il aurait illégalement consentis? Ce ne serait point en son propre nom qu'il agirait; mais comme tuteur, comme exerçant, en vertu de l'article 450, les droits et actions d'un incapable auquel il importe d'anéantir immédiatement les actes qui, d'un instant à l'autre, peuvent lui devenir gravement préjudiciables. Le preneur aura d'ailleurs à s'imputer d'avoir traité avec un individu qui n'était point muni de pouvoirs suffisants (2).—La position du tuteur, en pareille circonstance, a le plus grand rapport avec celle du mari qui aurait vendu hors des termes de la loi, ou sans observer les formalités requises, un immeuble dotal de sa femme (*voy.* art. 1554 et suiv.) Sans préjudice de l'action en dommages-intérêts ouverte contre lui en cas de fraude.

Le tuteur doit-il mettre les baux aux enchères, après affiches et publications?

En certains cas, cette mesure présente des avantages; rien ne s'oppose à ce que le tuteur y ait recours; mais, dans le silence de la loi, on ne saurait la considérer comme obligatoire. L'article 1718 déclare ap-

(1) Cass., 3 avril 1839, Pal., 1839, 2, 39.

(2) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 371; Demolombe, n°s 636 et suiv.; — Cass., 21 décembre 1836, Dev., 1837, 1, 114.

plicables aux baux des biens des mineurs les articles du titre du contrat de mariage et des droits respectifs des époux relatifs aux baux des biens des femmes mariées : or, aucun texte n'impose au mari le devoir de louer ou d'affermer aux enchères les biens de sa femme ; d'ailleurs, on n'atteindrait pas toujours le but que l'on doit se proposer, surtout quand il s'agit de biens ruraux : il importe, avant tout, en effet, de trouver un fermier honnête, actif et intelligent, qualités que pourrait fort bien ne pas réunir le plus offrant. — Enfin, une dernière considération se présente : si le subrogé tuteur, dûment autorisé, peut passer au tuteur un bail de gré à gré (450) (ce que nul ne conteste), pourquoi exigerait-on des enchères, quand c'est le tuteur qui traite avec un tiers? les intérêts du mineur ne courent pas de plus graves dangers dans un cas que dans l'autre. — Tenons donc pour principe que le tuteur jouit, à cet égard, de la plus grande latitude; que la loi s'en remet pleinement à son appréciation (1).

Le tuteur doit faire les réparations d'entretien, car il perçoit les revenus: or, ces sortes d'impenses sont une charge des fruits.

Mais quel serait l'effet des obligations qu'il aurait contractées pour cette cause envers les architectes et les ouvriers? Déclarer ces obligations nulles par rapport au mineur, ce serait très-souvent rendre l'administration impossible : puisque le mineur, en définitive, profite des travaux effectués, il doit en payer le prix; on peut même dire qu'il est intervenu à l'acte par l'intermédiaire de son représentant légal (2092; Demolombe, no 648.)

Que faudrait-il décider s'il s'agissait de grosses réparations ou de travaux d'amélioration? (*V.* quest. *infrà.*)

Le tuteur paye les dettes au fur et à mesure de leur exigibilité. — S'il est lui-même créancier pour une cause quelconque, il doit se payer par ses mains (2). Sa qualité de tuteur n'est point même un obstacle à l'application des règles sur la compensation (3).

Les intérêts des sommes placées, les loyers, les fermages, et même les capitaux, sans excepter ceux des rentes soit sur l'Etat, soit sur particuliers, sont versés entre ses mains (4). — Il doit faire rentrer avec soin, au besoin par les voies judiciaires, toutes les sommes qui peuvent être dues au mineur, afin d'en opérer le placement : une négligence coupable assumerait sur lui toutes les conséquences de l'insolvabilité survenue depuis l'époque de l'exigibilité (5). Mais il pourrait, sans engager sa responsabilité, accorder au débiteur des délais modérés : souvent l'intérêt du mineur l'exige. (Demolombe, n° 667.)

(1) Demolombe, no 638; Proudhon, p. 214; D., Tutelle, p. 736; — Rouen, 30 novembre 1840, Dev., 1841, 2, 137; Dal., 1841, 2, 140; Pal., 1841, 1, 326.

(2) Demolombe, n° 656; — Toulouse, 21 juin 1832, D., 1832, 2, 195.

(3) Dur., n° 566; Magnin, n° 659.

(4) Dur., n°s 553 et 583; — Paris, 21 frimaire an XIII, 19 prairial an XII. *Voy* cep. Magnin, n° 694.

(5) Cass., 30 juin 1807, Dev. Pal.

Puisque le tuteur a qualité pour recevoir un payement, et même, comme nous le verrons plus bas, pour faire emploi des capitaux, il est conséquent d'admettre qu'il peut faire novation : *Cui recte solvitur is etiam novare potest.* (L. 10, ff. de nov.) (1). — Magnin, n° 609, professe la doctrine contraire; mais elle est généralement rejetée (Demolombe, n° 668.)

Le droit de recevoir emporte nécessairement celui de donner quittance et de consentir toutes mainlevées et radiations : les débiteurs ne pourraient donc refuser de payer, sous prétexte que le tuteur serait insolvable (2); sauf au conseil de famille à surveiller l'emploi des fonds, et à destituer le tuteur, en cas de malversation ou d'incapacité reconnue (3).

Le tuteur ne pourrait faire de remises au débiteur; car ce serait là disposer à titre gratuit, faculté incompatible avec la nature de ses fonctions : elle n'appartient qu'au propriétaire (ff., § 7, de adm. et perc. tut., lib. 46).

Nous déciderons, par suite des mêmes principes, qu'il ne pourrait, sans recevoir le payement d'une créance, consentir la radiation de l'inscription hypothécaire qui la garantirait, ou relever la caution de ses engagements : de semblables actes, consentis gratuitement, équivaudraient à une remise; dès lors, ils excéderaient les pouvoirs du tuteur. Nous aurons plus tard occasion de revenir sur ce point (4). (*V.* Circ. du ministre de la justice et des finances des 29 frimaire et 14 nivôse an XIII.)

Bien plus, le consentement du tuteur serait insuffisant pour qu'une hypothèque fût transférée d'un immeuble sur autre (5).

En un mot, toutes les fois qu'il s'agit de rayer une inscription avant que la créance ne soit éteinte, il faut une délibération du conseil de famille, suivie d'homologation.

De même que le tuteur, créancier du mineur, doit se payer par ses mains à l'époque de l'exigibilité; de même, s'il est débiteur, il doit justifier de sa libération; ce qu'il peut faire, du reste, en portant le montant de sa dette à l'actif du mineur, dans le compte qu'il est tenu de tenir et qu'il devra présenter. (L. 9, § 3, ff. de adm. et perc. tut.; Demolombe, n° 664.)

Le tuteur est arbitre du mode d'emploi des capitaux, puisque les textes ne restreignent pas, sous ce rapport, les pouvoirs que lui confère son titre d'administrateur. (Valette sur Proudhon, p. 270.)

(1) Pothier, Oblig., part. 3, chap. 2, art. 3, n° 592.

(2) Pothier, Des personnes, part. 1re, t. 6, art. 3, § 2; Pardessus, Dr. comm., n° 1237; Demolombe, n° 661; — Cass., 18 juillet 1843, Dev., 1843, 1, 778; — Toulouse, 26 août 1818, Dev. Pal.

(3) Riom, 15 avril 1809; Toulouse, 2 juillet 1821, Dev. Pal.

(4) Demolombe, n° 666; Delv., p. 182, n° 6; Grenier, Hyp., t. 2, p. 521; Troplong, Hyp., art. 2157; Dur., n° 190, t. 20; Delv., p 182, n° 6; Rolland de Villargues, v° Mainlevée, n°s 12 et suiv.; — Grenoble, 12 juillet 1816; Cass., 22 juin 1818; Metz, 1er décembre 1818, Dev. Pal. *Voy.* cep. Toullier, Rép., v° Rad. d'hyp., n° 2, p. 583.

(5) Metz, 18 juin 1824, Dev. Pal.

Toutefois, le conseil de famille, en définitive, souverain appréciateur des faits de tutelle, pourrait sans nul doute prendre une décision à cet égard, et le tuteur serait obligé de s'y soumettre pour ne point engager sa responsabilité.

Cette faculté, qui lui appartient dans tous les cas, est même érigée en devoir, lorsqu'il s'agit de vendre un immeuble du mineur, ou de contracter pour lui un emprunt : le conseil de famille indiquera, porte le 4e alinéa de l'article 457, ceux qui seront vendus ou hypothéqués de préférence, *et toutes les conditions qu'il jugera utiles* : or, les conditions sur le prix figurent en première ligne parmi celles qui doivent principalement occuper le conseil de famille et même le tribunal, puisqu'il s'agit de convertir un patrimoine immobilier en créances mobilières (1). — Cette décision est corroborée par l'article 13 de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Au surplus, l'article 457 consacre seulement une exception : en dehors de cette exception, la règle générale reprend par conséquent son empire; une entière latitude est laissée au tuteur; la loi s'en remet à son appréciation : il peut donc faire emploi soit en immeubles, soit en rentes sur l'État, soit en prêts sur particuliers, etc.

L'article 1067 déclare, il est vrai, que les deniers grevés de substitution doivent être employés en immeubles, ou avec priviléges sur des immeubles : mais déjà nous avons eu occasion de voir que cette disposition, étant relative à une matière exceptionnelle, ne peut recevoir d'extension.

Il y a plus, dit Demolombe, n° 673 : « un prêt consenti par le tuteur, même par acte sous seing privé et sans caution ni hypothèque, pourrait ne pas engendrer de responsabilité contre lui, lors même que le débiteur serait ensuite devenu insolvable, si au moment du prêt les circonstances étaient telles, qu'il n'y aurait eu, en effet, aucune imprudence de sa part, et qu'un bon père de famille eût agi comme lui; surtout, si la somme ainsi prêtée n'était pas importante. — Néanmoins, le tuteur fera bien, pour sa propre garantie, de prendre des sûretés, le plus qu'il le pourra, et de ne prêter en général que sur hypothèque ou cautionnement. — La plupart des auteurs le disent, et je ne crois pas qu'ils méritent en cela le reproche que leur adresse Chardon, t. 3, n° 493, d'effrayer ainsi le tuteur; ils ne font que lui donner un sage conseil et un avertissement utile (2). »

Les mêmes considérations doivent faire décider que le concours du subrogé tuteur n'est pas essentiel pour l'efficacité de l'emploi ou du remploi, puisque la loi ne l'exige pas.

Si le tuteur avait agi en son propre nom, l'opération serait à ses risques et périls, ce qui ne mettrait pas obstacle à ce que le mineur la réclamât dans le cas où elle aurait été conclue avec ses deniers : le

(1) Cass., 20 juin 1843, Dev., 1843, 1, 651.

(2) Dur., nos 568 et 570; Proudhon-Valette, p. 570 et 575; Zach., t. 1er, p. 223; Demolombe, nos 670 et suiv.; Toullier, n° 1221.

tuteur subirait toutes les conséquences de sa faute; en disposant ainsi des deniers du mineur, il aurait manqué gravement à ses devoirs.

Mais le mineur ne pourrait exiger les bénéfices, et laisser les pertes à la charge du tuteur : l'équité veut qu'il accepte l'opération avec toutes ses chances : il doit *aut in totum agnoscere aut in toto recedere*. (Demolombe, nos 675 et suiv.)

Le tuteur exerce, soit comme demandeur, soit comme défendeur, sans autorisation préalable, les actions mobilières du mineur (arg. *à contrario* de l'article 464) (1).

Il peut défendre aux actions immobilières; mais il n'a qualité ni pour les introduire ni pour y acquiescer. (*Voy.* art. 464.)

Appliquez ces mêmes observations au cas de partage : le tuteur doit être autorisé, pour provoquer cette opération; mais il peut, en sa seule qualité, répondre à une action de ce genre (465).

Comment reconnaître si une action est mobilière ou si elle est immobilière? (*Voy.* les art. 526 et 529.)

Les actes passés par le tuteur en cette qualité sont réputés faits par le mineur lui-même; de là deux conséquences : 1° le tuteur n'est point engagé personnellement : peu importerait même qu'il eût dépassé les limites de ses pouvoirs; les tiers auraient à s'imputer d'avoir traité avec un individu sans qualité, nul n'étant censé ignorer la loi (arg. des articles 1997 et 1560); — 2° le mineur ne peut laisser l'opération pour le compte du tuteur, à moins qu'on n'ait à lui reprocher quelque faute grave, de nature à engager sa responsabilité.

Il est presque superflu de dire que le tuteur peut faire tous actes conservatoires, par exemple, requérir des inscriptions hypothécaires ou des transcriptions (940, 1057, 1069, 2181 et 2134); — faire assurer les biens du mineur (Demolombe, no 687; Persil, nos 131 et suiv.); — interrompre les prescriptions, même relatives à des droits immobiliers (2278 et suiv.); — couvrir les péremptions (398 Pr.); — intenter des actions possessoires, etc. — Mandataire légal du mineur, le tuteur est tenu d'agir, en un mot, toutes les fois que les circonstances l'exigent : c'est ainsi que, aux termes de l'article 1428, le mari doit exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires de sa femme (2). (*Voy.* toutefois les questions, *infrà*.)

Enfin, les pouvoirs du tuteur ne sont pas bornés aux intérêts pécuniaires du mineur : ainsi que nous l'avons vu, la garde et la défense de ses intérêts moraux, de son état civil et de son honneur, lui sont confiés (470).

— Le tuteur a-t-il qualité pour faire les grosses réparations? Les traités qu'il a

(1) Demolombe, no 683; — Riom, 15 avril 1809; Toulouse, 2 mai 1827, D., 1827, 2, 87, Dev. Pal.; Cass., 27 mars 1832, D., 1832, 1, 149, Pal.

(2) Pothier, Du mandat, no 152; Demolombe, no 688; Dur.; Toullier, no 182; — Cass., 21 novembre 1849, Dev., 1849, 1, 757; Bioche, Act. poss., no 129. Carré, Justice de paix, t. 2, p. 429, enseigne, par arg. de l'article 464, que le tuteur doit obtenir l'autorisation du conseil de famille; mais cette opinion est unanimement rejetée.

passés pour cette cause sont-ils obligatoires pour le mineur? ∿ Aucun article ne limite, sous ce rapport, les pouvoirs du tuteur : de là, on pourrait être fondé à conclure que ces actes rentrent dans son mandat. — Cependant, nous n'admettrons pas cette solution : pour simplifier la question, écartons d'abord quelques points qui ne peuvent faire naître de difficultés. Il n'est pas douteux que le tuteur a le droit de faire les réparations indispensables pour prévenir une ruine totale, ou même des dégradations : c'est même là un devoir que lui impose sa qualité d'administrateur. — Nous irons plus loin : s'il avait fait de grosses réparations, argent comptant, en prenant sur les capitaux, le mineur ne pourrait critiquer cet emploi, encore bien que l'urgence ne fût point justifiée, puisqu'en définitive il en aurait profité.— Mais quel serait le sort des obligations contractées envers les entrepreneurs? ces derniers seraient-ils admis à s'en prévaloir contre le mineur? ∿ Pour résoudre cette difficulté, il faut rechercher quelle a été la pensée du législateur : or, les articles 454, 455 456 et 457 combinés démontrent que le tuteur peut seul, et sans formalités préalables, contracter des engagements qui, par leur caractère, par leur cause et d'après l'usage général, doivent s'acquitter sur les revenus, mais que ses pouvoirs ne vont pas au delà. — Les engagements relatifs à de grosses réparations non commandées par l'urgence rentrent-ils dans cette catégorie? Recourons aux textes : l'article 605 met les grosses réparations à la charge du propriétaire (*voy.* aussi l'article 1754); donc, les grosses réparations doivent s'acquitter sur le capital : or, le tuteur peut-il engager le capital? Non évidemment (*voy.* art. 457). Et remarquons que pour savoir si un engagement doit être considéré comme un acte d'administration, ou comme un acte qui touche au fonds du patrimoine, ce n'est point à son importance qu'il faut s'attacher, mais à sa cause : quelque faible que soit la somme promise, si elle a pour objet des travaux classés parmi les grosses réparations, l'entrepreneur n'a pu acquérir d'action personnelle contre le mineur; du moins, il est dans l'obligation de prouver que les travaux ont réellement tourné à l'avantage de ce dernier (1375); hors ce cas, il ne peut se faire payer, même sur les revenus. « De la même manière, dit Demolombe, n° 650, que l'obligation qui est de nature à être payée sur les revenus ne peut être exécutée, même sur le capital, si les représentants du mineur ne l'acquittent pas; de la même manière, l'obligation qui est de nature à entamer le capital ne peut être exécutée, même sur les revenus. » — Vainement prétendrait-on que le tuteur a qualité pour disposer des capitaux, puisqu'il peut en faire le placement; ce serait tomber dans une étrange confusion : autre chose, en effet, est l'emploi, autre chose est la dépense : le tuteur ne peut, nous le répétons, contracter d'engagements qui affectent le fonds du patrimoine.— Mais alors, quelles formalités faudra-t-il observer, s'il y a lieu de contracter des engagements pour faire des grosses réparations? ∿ Delvincourt, p. 118, n° 5, exige l'homologation du tribunal. — Duranton, n° 559, déclare l'autorisation du conseil de famille suffisante. — Demolombe, n° 650, partage ce dernier avis. Nous croyons également qu'il doit prévaloir : il ne s'agit pas ici d'un emprunt proprement dit; par conséquent, il n'y a pas lieu à l'application des articles 657 et 658.— Nous parlons seulement de l'effet du contrat par rapport aux tiers : dans tous les cas, le mineur pourrait obtenir, s'il y avait lieu, des dommages-intérêts contre son tuteur.

Que doit-on décider à l'égard des travaux d'amélioration et des constructions nouvelles? ∿ Il faut appliquer, *à fortiori*, les règles que nous venons d'établir sur les grosses réparations : ainsi donc, lorsque la dépense est de telle nature qu'on doive en prélever le montant sur les revenus, le tuteur a qualité.—Lorsqu'elle ne peut être faite qu'aux dépens du capital, on distingue : si le tuteur a payé comptant, le mineur a une action en dommages-intérêts contre lui; s'il a con-

tracté des engagements, les tiers ont à s'imputer d'avoir traité avec un individu sans pouvoirs, nul n'étant censé ignorer la loi. (Demolombe, n° 652.)

Le tuteur, avons-nous dit, doit se payer par ses mains, lorsqu'il a des fonds suffisants pour éteindre sa créance contre le pupille : mais on demande si l'extinction peut s'opérer par compensation, *jusqu'à due concurrence* (1290)? ∿ Dur., n° 566, se prononce formellement pour l'affirmative : « L'article 1293, dit cet auteur, ne fait point exception en faveur du tuteur. » ∿ Duvergier sur Toullier, n° 1220, et Magnin, n° 659, partagent cet avis (*voy.* aussi en ce sens Toulouse, 21 juin 1832, D., 1832, 2, 195). ∿ Mais Toullier, n° 1219, t. 2, décide que la créance du tuteur ne s'éteint par compensation qu'autant qu'il a en mains assez de fonds pour se payer intégralement; « le tuteur n'étant pas obligé de se rembourser par parties. »—Cette dernière opinion nous paraît fondée : et en effet il ne s'agit pas ici d'une compensation proprement dite; la compensation suppose que les deux parties se trouvent réciproquement créancières et débitrices (1290) : dans notre espèce, le mineur n'est pas créancier du tuteur; il y a purement et simplement pour le tuteur devoir de se payer lui-même comme il payerait tout autre créancier : or, ce dernier ne saurait être tenu de recevoir un payement partiel (1244) : certes, on ne peut admettre que la qualité de tuteur doive modifier la position personnelle de créancier. — Comme on le voit, le mot *compensation* est employé ici improprement; il ne s'agit pas d'une question de compensation, mais d'une question de payement, d'une question de gestion. (Demolombe, n° 657.) — Par suite de ces mêmes principes, on décide qu'il n'y a pas lieu de compenser par anticipation le reliquat futur du compte de tutelle avec les sommes dues actuellement au tuteur (1).

Le tuteur pourrait-il cultiver par lui-même les biens du pupille? ∿ Cette question était controversée dans notre ancien droit : suivant quelques autorités, et même suivant plusieurs arrêts, le tuteur devait nécessairement affermer les biens du mineur : mais aujourd'hui l'opinion contraire est généralement admise : pourquoi, en effet, refuser au tuteur cette faculté? — Ne faut-il pas, avant tout, consulter les intérêts du pupille? — Ne peut-il pas arriver que ce soit là un acte de bonne gestion, même de dévoûment? — D'ailleurs, aucun texte n'impose au tuteur l'obligation de passer des baux. — On objectera qu'aux termes de l'art. 450, le tuteur ne peut prendre à ferme les biens du mineur qu'autant que le conseil autorise le subrogé tuteur à lui en passer bail : autre chose est de prendre à ferme, autre chose est d'exploiter pour le compte du mineur. — Au surplus, en cas d'abus, le conseil de famille, dûment averti, pourra enjoindre au tuteur d'affermer les biens (arg. de l'art. 444) (2).

Le tuteur pourrait-il, comme le mari à l'égard des biens de la femme, passer ou renouveler des baux dont l'exécution ne devrait commencer qu'à la majorité du pupille? ∿ Quelques auteurs décident qu'il n'y a pas lieu d'appliquer ici la règle de l'article 1430 : la loi, disent-ils, a pu déclarer les baux obligatoires pour la femme, parce que la durée de la communauté étant inconnue, on ne pouvait paralyser l'administration du mari; mais le tuteur ne se trouve pas dans cette position vis-à-vis du mineur : la majorité du pupille doit survenir à une époque fixe; or, après cette époque, il n'aura plus à s'occuper de l'administration des biens. — Au reste, la nullité ne sera que relative; le mineur seul pourra l'invoquer (3). ∿ Quoi qu'il en soit, les textes paraissent trop précis pour

(1) Cass., 29 août 1820; Limoges, 24 août 1821, Dev. Pal.; Cass., 3 mai 1836, Pal.

(2) Dur., t. 3, n° 548; Zach., t. 1er, p. 226; Demolombe, n° 644; Proudhon, p. 214; D., Tutelle, p. 736; Magnin, n° 675.

(3) Dur., n° 545; Delv., p. 124, n° 4; Zach., t. 1er, p. 227.

qu'il soit possible de s'en écarter (1439 et 1718) : la position du tuteur doit être assimilée à celle d'un usufruitier (v. art. 580 et 595); d'ailleurs — il y a nécessité de mettre le mineur, aussi bien que la femme, à l'abri des non-valeurs qui résulteraient de l'interruption des baux, et de lui conserver un bon locataire ou un bon fermier (1).

Actes que le tuteur ne peut faire sans l'autorisation préalable du conseil de famille.

461 — Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire.

= L'acceptation et la répudiation d'une succession échue au mineur sont des actes trop importants pour que la loi ait dû les faire rentrer dans la classe de ceux que le tuteur peut faire en sa seule qualité : d'une part, l'acceptation entraîne des charges; d'autre part, la renonciation a pour résultat le sacrifice d'un droit.

Assurément, les successions échues au mineur ne peuvent être acceptées que sous bénéfice d'inventaire, mode d'acceptation qui procure à celui qui l'emploie l'avantage de ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de n'être tenu des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens recueillis (802) : mais toujours est-il qu'elle imprime irrévocablement la qualité d'héritier (774 et 785 comb.); qu'elle oblige au rapport (843), et qu'elle soumet le tuteur à des préoccupations qui absorberont une partie des instants que réclame l'administration tutélaire. D'ailleurs, abstraction faite des intérêts pécuniaires, il est telles circonstances qui nécessitent un appel à la sollicitude de la famille, notamment lorsqu'il y a lieu de craindre que l'acceptation ne blesse les convenances.

On peut s'étonner, au premier abord, que la loi ait déclaré l'autorisation du conseil de famille suffisante pour la validité d'une renonciation, surtout lorsque la masse héréditaire comprend des immeubles (arg. de l'art. 457) : en effet, celui qui renonce se dépouille d'un droit; or, l'homologation du tribunal est requise pour l'aliénation des immeubles du mineur (comp. art. 457 et 458) (2). — Mais on fait remarquer avec raison qu'il y a une différence notable, en droit et en fait, entre l'aliénation indirecte qui résulte de la répudiation, et l'aliénation directe.

En droit, parce que celui qui a renoncé est censé n'avoir jamais été héritier; parce qu'il a détruit le principe de propriété que la saisine avait

(1) Magnin, t. 2, n° 672; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 372; Demolombe, n° 641.

(2) Delvincourt, p. 125, n° 1, exige l'homologation soit pour accepter, soit pour répudier; mais cette opinion, évidemment contraire au texte, est rejetée par la doctrine et par la jurisprudence.

établi en sa faveur (711-724); parce que les biens héréditaires ne sont jamais entrés dans son domaine. — L'aliénation directe suppose au contraire que la chose fait partie du patrimoine du vendeur.

En fait, parce qu'il arrive souvent que, loin d'offrir un avantage, la succession ne présente que des charges et des dettes ; tandis que les immeubles dont le mineur est propriétaire ont une valeur déterminée. —On objecte que le conseil de famille peut se méprendre sur la consistance des biens de la succession et sur les charges qui la grèvent : mais l'inventaire ne lui offre-t-il pas un moyen facile de s'éclairer? D'ailleurs, le tribunal ne saurait être mieux renseigné que la famille. — Au surplus, la loi n'exige point d'homologation : or, nous avons établi qu'on ne peut ajouter au texte, lorsqu'il s'agit de conditions restrictives et de formes exceptionnelles (1). — C'est ainsi que la femme, mariée sous le régime dotal, qui s'est constitué en dot tous ses biens à venir (1542-1558), peut néanmoins, avec la seule autorisation de son mari, renoncer aux successions qui lui échoient, sans observer les formes prescrites pour l'aliénation de ses biens dotaux. Nous reviendrons plus tard sur cette dernière solution. — Puisque le tribunal n'est pas appelé même à homologuer, bien moins encore pourrait-il donner une autorisation valable : on ne saurait admettre que la justice eût la faculté de s'approprier ainsi les attributs de la famille; une telle décision aurait pour résultat de troubler l'harmonie des règles établies avec tant de soins sur l'administration du tuteur. « Si l'article 883, porte un arrêt de la cour de Grenoble du 6 décembre 1842 (Dev. 1843, 2, 290), permet de se pourvoir contre les avis des parents quand les délibérations n'ont pas été prises à l'unanimité, l'intervention du tribunal est par là même restreinte à l'hypothèse où la famille s'étant expliquée régulièrement, et les opinions étant divergentes, il peut être utile de consulter une autre autorité sur les divers motifs invoqués pour ou contre ; mais il ne peut en résulter pour le tribunal le pouvoir de s'emparer, *omisso medio*, de l'examen des questions relatives à la tutelle. » — Ce n'est point sans raison, en effet, que le concours de la famille est exigé : le législateur a considéré que, mieux que personne, elle peut apprécier la situation, et donner un avis éclairé, dans une affaire qui doit l'atteindre indirectement, puisqu'elle concerne un de ses membres.

On s'accorde à penser que l'article 761 s'applique aux legs universels ou à titre universel, comme aux successions, c'est-à-dire, que le tuteur ne peut accepter un semblable legs sans une autorisation du conseil de famille. (Demolombe, n° 703.)

Que faut-il décider en ce qui concerne les legs particuliers ? (*Voyez, infrà*, quest.)

Nous terminerons par deux observations :

1° Les successions échues au mineur ne peuvent être acceptées que

(1) Pothier, Succ., chap. 3, sect. 3, § 8; Valette sur Proudhon, p. 381; — Grenoble, 4 juin 1836, Dev., 1837, 2, 100; Cass., 25 mars 1840, Dev., 1840, 1, 456; 12 mars 1839, Dev., 1839, 1, 274.

sous bénéfice d'inventaire : le mineur ne saurait devenir, même par le fait de son tuteur, héritier pur et simple (1).

2° Le mineur ne serait pas responsable personnellement des malversations commises par son tuteur; car, en matière de successions bénéficiaires, ce dernier est aussi bien le mandataire des créanciers que celui du mineur : en effet l'article 803 le déclare comptable envers eux. D'ailleurs, ils ont à s'imputer de ne pas avoir exercé une surveillance plus active. (Demolombe, n° 702.)

— Le tuteur doit-il être autorisé par le conseil de famille, pour accepter un legs particulier fait sans charge, condition requise par l'article 463, lorsqu'il s'agit d'une donation entre-vifs ? ✓✓ Zach., p. 230, se prononce pour l'affirmative, toutefois sous la forme du doute. ✓✓ Duranton, n° 582, adopte l'opinion contraire : le Code n'exige pas, dit-il, l'autorisation du conseil de famille pour l'acceptation des legs. ✓✓ Demolombe, n° 708, distingue : si le legs fait sans charge a pour objet un meuble, le tuteur a qualité pour demander la délivrance ; mais si le legs est fait avec charge, ou s'il a pour objet un immeuble, les héritiers ou autres qui en sont tenus (1017) peuvent exiger, par voie d'exception dilatoire, une autorisation du conseil de famille. — Cette distinction nous paraît fondée sur les vrais principes. (*Voy.* nos observations sur l'article 464). — Toutefois, comme il y a doute, le tuteur fera bien, dans tous les cas, de se faire autoriser par le conseil de famille, afin de mettre sa responsabilité à couvert vis-à-vis du mineur. Ce serait même là une nécessité, si le legs mobilier était grevé de charges (arg. des art. 461 et 463). — Le silence du Code n'est d'ailleurs qu'un argument bien faible : en réalité, le legs est une véritable donation ; seulement, cette donation, au lieu d'être faite entre vifs, résulte d'un testament ; par conséquent il y a lieu à l'application des mêmes règles ; l'autorisation, il faut se le rappeler, n'est pas exigée en considération des charges, mais surtout parce qu'il importe de mettre la famille à même de s'édifier sur la cause de la libéralité.

462 — Dans le cas où la succession répudiée au nom du mineur n'aurait pas été acceptée par un autre, elle pourra être reprise, soit par le tuteur, autorisé à cet effet par une nouvelle délibération du conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur, mais dans l'état où elle se trouvera lors de la reprise, et sans pouvoir attaquer les ventes et autres actes qui auraient été légalement faits durant la vacance (2).

= Cette faculté, conférée comme un privilége spécial au mineur devenu majeur, et que nous étendrons, par identité de motifs, au tuteur dûment autorisé, est devenue la règle commune. (*Voy.* art. 733, 786 et 790.)

Il est bien entendu que le mineur ne peut se faire restituer, en se fondant sur la lésion, lorsque ses représentants ont renoncé en son nom.

(1) Nîmes, 8 novembre 1827, D., 1828, 2, 174; Rouen, 30 août 1828, D., 1830, 2, 149, Dev. Pal.

(2) Une succession est réputée vacante, lorsqu'il ne se présente personne pour la recueillir, lorsqu'il n'y a pas d'héritiers connus, ou lorsque les héritiers connus y ont renoncé (811 et suiv. C. civ.).

— Dans l'article 790, il est question de la prescription du droit d'accepter la succession répudiée, et de la prescription que des tiers peuvent avoir acquise à l'égard de certains biens de la succession.—L'article 462 ne contient rien de pareil : pourquoi ce silence? est-il entré dans la pensée du législateur d'interrompre, au profit du mineur, le cours de la prescription pendant la vacance, c'est-à dire, pendant tout le temps qui s'est écoulé entre la répudiation faite par le tuteur et la reprise de la succession? — Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : la prescription ne court pas contre le mineur (2252); or, en reprenant la succession, il est censé avoir toujours été héritier (777); les effets de sa renonciation se trouvent effacés (711, 724); donc il n'y a pas eu vacance : par conséquent, les tiers ne peuvent se prévaloir contre lui de l'article 2258, lequel porte que la prescription court contre une succession vacante, quoique non pourvue d'un curateur : si la loi interrompt le cours de la prescription quand il s'agit de biens soumis à l'administration de la tutelle, elle doit, *à fortiori*, lui accorder cet avantage à l'égard des biens pour lesquels il n'était pas protégé par un défenseur légal (1). — On répond : 1° que la succession avait dans le curateur qui doit être nommé, aux termes de l'article 812, un défenseur légal; — 2° que la succession a été vacante dans l'intervalle de la renonciation à la reprise de l'hérédité : en effet, aux termes de l'article 785, l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier; donc, après la renonciation faite par son tuteur, le mineur s'est trouvé complétement étranger à la succession; — 3° que la reprise de l'hérédité par le mineur ne produit pas d'effet rétroactif : l'article 762, il est vrai, n'est pas aussi explicite que l'article 790; il ne contient pas ces mots « *sans préjudice des droits qui peuvent être acquis à des tiers sur les biens de la succession, soit par prescription, soit par actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante*; » mais il porte, ce qui est suffisant, que « *les biens reviendront au mineur dans l'état où ils se trouveront lors de la reprise, et sans pouvoir attaquer les ventes et autres actes qui auraient été faits durant la vacance.* » Comme on le voit, les deux articles doivent être interprétés et complétés l'un par l'autre : ainsi, le mineur ne peut, par son retour à la succession, ravir aux tiers le droit qui leur était irrévocablement acquis, d'invoquer la prescription.— Il serait étrange, dit-on, que la prescription, qui ne court pas contre le mineur à raison des biens administrés par son tuteur, courût contre lui à l'égard de ceux pour lesquels il n'avait pas de défenseur légal : les situations diffèrent essentiellement l'une de l'autre; ne perdons pas de vue que les biens de la succession répudiée par le tuteur n'étaient plus ceux du mineur; dès lors, la loi a pu déclarer, sans inconséquence, que la reprise de la succession ne produirait pas d'effet rétroactif (2).

463 — La donation faite au mineur ne pourra être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille (3).

Elle aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur.

= L'acceptation d'une donation faite au mineur est également soumise à l'autorisation préalable du conseil de famille, et cela pour deux

(1) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 381.

(2) Demolombe, n° 701; — Montpellier, 28 mai 1831, Dev., 1831, 2, 217; Limoges, 16 mai 1858, Dev., 1858, 2, 418.

(3) Zach., t. 1er, p. 230; Dur., n° 441; Demolombe, n° 705; — Cass., 25 juin 1812, Dev. Pal.; Nîmes, 10 avril 1847, Dev., 1848, 2, 130.

raisons : 1° parce que le donateur peut avoir subordonné sa libéralité à des conditions onéreuses pour le donataire ; — 2° parce qu'il importe de s'assurer que la donation n'a pas une cause contraire à la morale, et qu'elle ne pourra nuire aux intérêts du mineur.

L'article 463 a été complété par l'article 935 Code civil ; les 2e et 3e alinéas de ce dernier article sont ainsi conçus : « Le mineur émancipé pourra accepter avec l'assistance de son curateur. Néanmoins, les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, pourront accepter pour lui. » — Le législateur a considéré la tendresse des ascendants comme une garantie suffisante. — Ainsi, l'autorisation du conseil de famille n'est indispensable qu'au tuteur étranger (1).

L'acceptation produit à l'égard du mineur le même effet qu'à l'égard du majeur, lorsque les formes prescrites ont été observées. De même que ce dernier, il serait non recevable à se faire restituer pour cause de lésion.

—Lorsque la donation est faite par le tuteur à son pupille, par qui doit-elle être acceptée ? ∾ Soit par le subrogé tuteur autorisé a cet effet par le conseil de famille (art. 420 et 463), soit par un tuteur *ad hoc* nommé par ce conseil (2).

464 — Aucun tuteur ne pourra introduire en justice une action (3) relative aux droits immobiliers du mineur, ni acquiescer (4) à une demande relative aux mêmes droits, sans l'autorisation du conseil de famille.

= Remarquons ces mots : *aucun tuteur :* la règle est par conséquent

(1) L'acceptation faite par les ascendants a la même force que l'acceptation faite par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille, et cependant il y a une grande différence dans leur position : le tuteur est le représentant du mineur, l'ascendant ne le représente pas. — Si l'on exige dans le premier cas l'intervention du conseil de famille, *à fortiori* devrait-on l'exiger dans le second, ou du moins ne devrait-on pas rendre dans ce dernier cas les effets de l'acceptation irrévocables. — Il semble dès lors qu'il n'y ait pas harmonie entre l'art. 463 et l'art. 935.

(2) Demolombe, n° 706; Toullier, n° 202; Dur., n° 443. Merlin, Rep., v° Mineur, § 7, n° 4; — — Cass., 11 juin 1816, S., 1817, 1, 114; Riom, 14 août 1829; D., 1832, 2, 76, Dev. Pal.

(3) C'est à-dire une action qui tend a revendiquer des immeubles ou un droit inhérent à des immeubles, comme un usufruit, une servitude (*v.* art. 526). — La qualité de l'action se détermine par la nature de la chose qui en est l'objet.

Il ne faut pas confondre l'action mobilière ou immobilière avec l'action personnelle et l'action réelle :

On nomme action *personnelle*, celle par laquelle le demandeur prétend que le défendeur est obligé envers lui — Toute action personnelle suppose donc une créance d'un côté, une dette de l'autre : or, cette créance peut avoir pour objet un meuble ou un immeuble ; l'action est alors dans le premier cas personnelle mobilière, dans le deuxième personnelle immobilière.

On nomme action *réelle* celle par laquelle le demandeur, sans parler d'une obligation, prétend que telle chose est à lui : elle a son principe dans la propriété acquise, *jus in re :* l'objet est-il meuble, l'action est réelle mobilière; — est-il immeuble, elle est réelle immobilière.

Pour savoir si une action est personnelle ou réelle, il faut donc s'attacher au principe générateur du droit.

(4) C'est-à-dire consentir à satisfaire.

générale ; les père et mère eux-mêmes ne sont pas exceptés (1).

Pourquoi exiger l'autorisation du conseil de famille lorsqu'il s'agit d'introduire une action immobilière? Au premier abord, on ne peut s'en rendre compte; car les jugements ou arrêts n'étant pas attributifs, mais déclaratifs du droit, l'instance ne constitue en réalité qu'un acte conservatoire, un acte qui semble rentrer, par conséquent, dans la classe de ceux que le tuteur peut faire en sa seule qualité. — Tout s'explique, si l'on considère que les immeubles, à l'époque où le Code civil a été rédigé, formaient la base principale des fortunes; que le législateur a entouré les actes qui ont pour résultat d'en transférer la propriété, de formalités spéciales, et dès lors, qu'il a dû mettre le mineur à l'abri du préjudice qu'un tuteur peu éclairé ou de mauvaise foi pourrait lui causer, soit en introduisant une demande intempestive ou mal fondée, soit en simulant un procès qui masquerait une aliénation concertée.

Observons que la loi ne refuse au tuteur que le droit *d'introduire* une action immobilière ; d'où ces conséquences :

1° Qu'il peut défendre sans autorisation à une action de cette nature : le refus du conseil de famille ne saurait paralyser l'action des tiers; à quoi bon le consulter? — On dira qu'en refusant au tuteur le droit d'acquiescer seul, notre article lui refuse implicitement celui de défendre à l'action introduite contre le mineur; car en défendant mal il pourrait succomber, ce qui aurait le même résultat que l'acquiescement : la position n'est plus la même : lorsque l'affaire est portée en justice, le mineur se trouve sous la sauvegarde du ministère public (83 Pr.); or, il serait privé de cette garantie, en cas d'acquiescement. — Si le tuteur pense qu'il n'y a pas lieu de résister, c'est alors seulement que l'intervention du conseil de famille devient indispensable (2);

2° Qu'il n'a pas besoin d'autorisation pour intenter une action mobilière (Toullier, nos 1238 et 1239 ; *V. supra*), ni même une action possessoire (3) (arg. de l'art. 1428; Dur., no 571);

3° Qu'il peut, sans autorisation, suivre ou reprendre une action immobilière précédemment introduite (4);

4° Enfin, qu'il peut employer, contre la décision judiciaire, les voies légales de recours, et par conséquent appeler, sans l'autorisation du conseil de famille, d'un jugement qui aurait statué sur certains droits immobiliers du mineur : l'appel, en effet, n'est pas une instance nouvelle, mais une continuation de la même demande ou de la même défense (5).

(1) Angers, 3 avril 1811, Dev. Pal.

(2) Paris, 19 prairial an XII, Dev. Pal.

(3) Zach., t. 1er, § 114, note 4; Dur., no 571; Bioche, Act. poss., no 129. *Voy. cep.* la distinction faite par Delv., sur l'art. 464.

(4) Dur., no 583; Magnin, no 694; — Metz, 26 prairial an XIII; Cass., 17 novembre 1813; Nîmes, 2 juillet 1829, Dev. Pal.

(5) Delv., p. 125, no 4; Demolombe, no 713; — Cass., 17 novembre 1813; Nîmes, 2 juillet 1829, D. 1829, 2, 301; 24 août 1812, 4 juin 1818, Dev. Pal.

L'adversaire poursuivi par le tuteur non autorisé doit prudemment opposer à la demande une exception dilatoire tendante à ce que ce dernier soit déclaré non recevable, comme dépassant les limites de son mandat; autrement, il n'aurait que des chances défavorables : si des condamnations judiciaires sont obtenues contre lui, il en sera tenu; tandis que, s'il gagne son procès, il ne pourra se prévaloir du jugement, puisque le mineur n'aura pas été valablement représenté (arg. de l'art. 1125) (1) : mais la nullité serait relative (2).

Nous pensons que le tiers défendeur doit invoquer cette exception *à limine litis;* qu'il ne serait plus recevable, s'il avait posé des conclusions au fond (arg. de l'art. 173 Pr.); car le contrat judiciaire se trouverait formé; ce qui donnerait lieu, ainsi que nous venons de le dire, à l'application de l'article 1125.

Observons que l'exception n'est que *dilatoire :* on décide en jurisprudence que l'autorisation postérieure à la demande efface le vice originaire de la procédure (3).

L'article 464 refuse en outre au tuteur le droit d'*acquiescer*, de sa propre autorité, à une demande relative aux droits immobiliers du mineur. Rien de plus rationnel : l'action judiciaire implique le doute; or, dans un tel état de choses, quand il s'agit de sacrifier des droits aussi importants, ce n'est pas trop d'exiger l'intervention du conseil de famille.

Quelques personnes vont au delà; elles exigent l'homologation du tribunal (4), mais c'est ajouter à la loi. D'ailleurs, autre chose est l'aliénation directe (457) ou la transaction (467), autre chose est l'acquiescement.

Nonobstant le silence de notre article, il faut évidemment appliquer au cas de desistement la règle qu'il établit : l'action immobilière a été introduite avec l'autorisation du conseil de famille; il est naturel d'exiger une autorisation nouvelle pour que le tuteur puisse valablement y renoncer. Le desistement, d'ailleurs, est une sorte d'acquiescement (5). — Mais le tuteur pourrait, de sa propre autorité, se désister d'une action qu'il aurait introduite illégalement, c'est-à-dire, sans s'être fait autoriser (6).

(1) Merlin, Rép., v° Tutelle, sect. 5, § 1er; Dur., n° 572; Delv., p. 125, n° 5; — Cass., 11 décembre 1810, 24 août 1813, 4 juin 1818, Dev. Pal.; Bordeaux, 20 août 1834, Dev., 1834, 2, 204; Cass., 19 janvier 1841, Dev., 1841, 1, 425.

(2) Merlin, Rép., v° Tutelle, sect. 3, § 1er;—Cass., 11 décembre 1810, 24 août 1813, Dev. Pal.; Bordeaux, 20 août 1833, Dev., 1834, 2, 204; Dal., 1834, 2, 158.

(3) Bruxelles, 4 juillet 1811; Cass., 24 août 1813; Bourges, 25 janvier 1832, Dev., 1832, 2, 536, Pal.

(4) Dal., v° Acquiescement, sect. 2, art. 2, n° 140, Pigeau, Proc., t. 1er, p. 549.

(5) Demolombe, nos 716 et 717; — Pigeau, Pr., p. 482 t. 1er; Chauveau sur Carré; Carré, Pr., quest. 1152; Bioche, v° Désistement, nos 25 et 33, Dal., v° Désistement, nos 23 et suiv.; v° Acquiescement, nos 110 et suiv.; Magnin, t. 1er, n° 698; — Besançon, 20 mars 1820; Amiens, 26 avril 1820; Douai, 17 janvier 1820; D., Tutelle, n° 63, Dev. Pal.; Limoges, 19 mai 1840, Pal., 1841, 1, 409; 22 avril 1850, 2, 250; D. P., 59, 2, 253.

(6) Cass., 11 février 1850, Dev., 1850, 1, 15.

Si le tiers refuse d'accepter l'acquiescement ou le désistement fait dans les conditions voulues par les articles 402 et 403 Pr., et 464 C. civ., les frais de la décision judiciaire à intervenir seront à sa charge (1).

Actes pour lesquels la loi requiert l'homologation du tribunal.

457 — Le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner (2) ou hypothéquer ses biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de famille.

Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident.

Dans le premier cas, le conseil de famille n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants.

Le conseil de famille indiquera, dans tous les cas, les immeubles qui devront être vendus de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles.

=L'emprunt est une voie d'autant plus périlleuse, qu'elle procure pour un certain temps, à celui qui s'y engage, le moyen de se faire illusion sur son état de gêne, tout en le conduisant à sa ruine.

La loi ne permet d'y recourir au nom du mineur que pour cause de *nécessité absolue* ou d'un *avantage évident*. — L'art. 1558 est conçu dans le même esprit. (*Voy.* cet article.)

La nécessité doit être démontrée par un compte sommaire constatant l'insuffisance des effets mobiliers et revenus du mineur. — *L'avantage* résulte des circonstances.

Il y aurait nécessité, par exemple, s'il fallait payer des dettes exigibles, ou faire des réparations urgentes. — Il y aurait avantage, s'il s'agissait de pourvoir à l'éducation du mineur, ou de lui procurer un établissement, d'acquérir des immeubles d'une administration plus facile à raison de leur situation, etc.

Nonobstant les termes de notre article, il est certain que le défaut d'autorisation ne priverait pas le prêteur de tout recours; car nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui : mais il y a cette différence entre l'emprunt autorisé et celui qui ne l'est pas, que le mineur est toujours tenu du premier, sans égard à l'emploi que le tuteur a fait des deniers; tandis qu'il n'est tenu du second que jusqu'à concurrence de la somme qui a réellement tourné à son profit : *quatenus locupletior factus est.*

(1) Dur., n° 584; Delv., p. 120, n° 6; Demolombe, n° 718; — Caen, 19 novembre 1844.

(2) *Aliéner*, c'est transferer la propriété : on peut vendre sans être propriétaire; — *acquérir*, c'est devenir propriétaire; — *acheter*, c'est contracter l'obligation de payer le prix : on peut acheter sans devenir propriétaire.

La loi veille avec non moins de sollicitude à ce que l'aliénation des biens immeubles n'ait pas lieu légèrement : non-seulement le conseil de famille doit constater le fait de nécessité absolue ou d'avantage évident, comme pour le cas d'emprunt, mais encore il doit indiquer les biens qui seront vendus de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles. (*Voy.* en outre les articles 953 et suiv. Pr, revisés par la loi 2 juin 1841.)

Nous supposons que l'aliénation est volontaire : évidemment, l'autorisation du conseil de famille n'est pas requise, lorsque l'aliénation est nécessaire, ce qui arrive : 1° quand le tribunal a ordonné la licitation d'un immeuble indivis, sur la demande de l'un des copropriétaires (*voy.* art. 460); — 2° lorsque l'immeuble est saisi par un créancier du mineur; — 3° en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique (1). — D'ailleurs, le tuteur a qualité pour défendre seul aux actions immobilières.

Les règles de l'article 457 s'appliquent non-seulement au cas de vente, mais encore au cas d'échange d'un immeuble du mineur contre un autre immeuble (2); non-seulement au cas d'aliénation de la pleine propriété, mais encore au cas où il s'agirait d'un démembrement de ce droit : ainsi, le tuteur ne pourrait, sans une autorisation du conseil de famille, autorisation qui ne serait accordée que pour cause de nécessité absolue ou d'un avantage évident, grever l'immeuble du mineur d'un droit d'usufruit, d'une servitude (3), d'un bail emphytéotique, ou le donner à antichrèse (4) (*voy.* art. 2085); renoncer à une servitude active, aliéner des mines et carrières, proroger le délai fixé pour l'exercice d'un réméré (5), au cas de vente faite à un mineur sous cette condition.

En ce qui concerne l'échange, nous ferons observer que les formalités exigées par la loi, pour l'aliénation des biens du mineur, ne sont pas toutes également applicables : par exemple, il n'y a point lieu à l'apposition d'affiches; le conseil de famille et le tribunal se borneront à rechercher, avec toutes les précautions possibles, si l'opération présente pour le mineur un avantage (6).

Enfin, les mêmes formalités sont requises pour la constitution d'hy-

(1) L'article 13 de la loi du 3 mai 1841 est ainsi conçu : « Si des biens de mineurs, d'interdits, d'absents ou autres incapables sont compris dans les plans déposés en vertu de l'article 5, ou d'autres modifications admises par l'administration supérieure, aux termes de l'article 11 de la présente loi, les tuteurs, ceux qui ont été envoyés en possession provisoire et tous représentants des incapables, peuvent, après autorisation du tribunal donnée sur simple requête, en la chambre du conseil, le ministère public entendu, consentir amiablement à l'aliénation desdits biens. — Le tribunal ordonne les mesures de conservation ou de remploi qu'il juge nécessaires. »

(2) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 384; Demolombe, n° 737. — Zach., p. 229, professe l'opinion contraire. *Voy.* en outre un arrêt de cassation du 26 août 1807, Dev. Pal., conçu en ce sens : — « Mais comment croire que le législateur ait voulu mettre obstacle à un échange qui serait à la convenance du mineur? »

(3) Metz, 18 juin 1814, Dev. Pal.

(4) Pau, 9 août 1837, Dev., 1838, 2, 330; Dal., 1838, 2, 183; Pal., 1838, 2, 303.

(5) Cass., 18 mars 1813 Dev. Pal.

(6) Toulouse, 9 août 1827, Dev. Pal.

pothèque, ou pour la translation d'une hypothèque spéciale existant au profit du mineur (1). — Remarquons surtout que, dans notre article, l'hypothèque est considérée isolément, abstraction faite de tout emprunt : tel serait le cas où le tuteur voudrait, en conférant à un ancien créancier cette garantie, obtenir pour le mineur quelque concession, ou du moins un terme pour payer. — Certes, nul ne saurait avoir la pensée qu'une hypothèque pût être consentie sur les immeubles du mineur, même avec l'autorisation du conseil de famille, pour sûreté de la dette d'un tiers, car ce serait là une sorte de cautionnement (2077), un acte de pure bienfaisance : la nécessité absolue ou l'avantage évident, condition essentielle requise pour que les immeubles du mineur puissent être affectés hypothécairement, ne se rencontrerait plus.

Nonobstant le silence de la loi, nous n'hésitons pas à décider que le conseil de famille doit indiquer les immeubles qui seront hypothéqués de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles, règle établie pour le cas d'aliénation; il y a même raison de décider, puisque l'hypothèque renferme le germe d'une aliénation. — Ce silence, relativement à l'hypothèque, vient uniquement de ce qu'à l'époque où l'article 457 a été rédigé, on ignorait encore quel serait notre système hypothécaire : la pensée des rédacteurs s'est naturellement portée sur notre ancienne jurisprudence, qui soumettait à l'hypothèque tous les biens du débiteur; aujourd'hui que la spécialité de l'hypothèque conventionnelle a été proclamée par l'article 2129, le conseil de famille doit, sans aucun doute, déterminer les immeubles qui seront hypothéqués de préférence, de même qu'il est tenu de désigner ceux qui devront être vendus (2).

L'hypothèque constituée est nulle, lorsque les formalités requises n'ont pas été observées, encore bien qu'elle ait eu pour cause un emprunt qui a tourné au profit du mineur : en ce cas, le prêteur n'a qu'une simple action personnelle (1375), le mineur n'est point tenu par l'effet d'un contrat, mais *ex lege*, en vertu du principe d'équité qui ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui (1312 et 1375) (3).

Notre article suppose qu'il s'agit d'une hypothèque conventionnelle : il est clair que les hypothèques, soit légales, soit judiciaires, grèvent les immeubles du mineur comme ceux des majeurs, sans formalités ni conditions spéciales (2121, 2123, 2124 et 2126).

— La vente d'un immeuble du mineur pourrait-elle être faite en certains cas sans publicité ni concurrence, c'est-à-dire sans affiches ni enchères? — On ne voit pas, au premier abord, pourquoi ce mode de procéder ne pourrait être employé, si l'on démontre au conseil de famille et au tribunal que l'intérêt du mineur l'exige : néanmoins, les articles 457 et 4 8 sont trop formels pour qu'il soit possible de s'en écarter. — Le tuteur n'a d'autre moyen que celui de se porter fort que le mineur ratifiera. (Demolombe, n° 737.)

(1) Merlin, Rép., v° Hyp., sect. 2, § 3, art. 6, Zach., p. 113, n° 3; Pigeau, t. 2, p. 283; — Metz, 18 juin 1824. Dev. Pal.

(2) Demolombe, n° 741; Valette sur Proudhon, p. 384.

(3) Dur., n° 348, t. 19; Demolombe, n° 738.

458 — Les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet, ne seront exécutées qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal de première instance, qui y statuera en la chambre du conseil, et après avoir entendu le procureur de la République.

= Pour obtenir l'homologation, le tuteur présente requête au tribunal; il joint à cette requête une expédition de la délibération du conseil de famille. — Au bas de ladite expédition, le président ordonne la communication au ministère public, et commet un juge pour faire son rapport à jour indiqué (885). — Le ministère public donne ses conclusions au bas de l'ordonnance; — le juge-commissaire fait son rapport dans la chambre du conseil, et le tribunal statue. — On évite la publicité de l'audience, car il ne s'agit point pour le tribunal de prononcer sur un procès engagé, mais de remplir une mission toute paternelle : souvent on causerait un grave préjudice au mineur en divulguant le secret de ses affaires (1).

Les mêmes règles sont applicables lorsqu'il s'agit d'autoriser des actes qui concernent une femme mariée.

Suivant Toullier, n° 1223, et Locré sur l'article 458, l'homologation n'est pas nécessaire pour l'emprunt, lorsqu'il a lieu sans constitution d'hypothèque, ou lorsqu'il s'agit de rembourser une dette hypothécaire exigible avec subrogation au profit du prêteur (2). Ces auteurs donnent pour raison que la situation du mineur n'éprouve aucun changement : mais évidemment, c'est là méconnaître l'esprit et même les textes des articles 457 et 458 : d'une part, les inconvénients sont les mêmes, qu'il y ait ou non constitution d'hypothèque; d'autre part, la loi est absolue; elle ne considère ni la cause ni les conditions du prêt.

Quelques personnes vont plus loin : elles enseignent que ces mots de l'article 458 : *les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet*, se réfèrent au cas d'aliénation; que l'emprunt peut avoir lieu sans homologation, *même avec constitution d'hypothèque*.

L'erreur nous paraît évidente : en combinant les articles 457 et 458, il est bien facile de reconnaître que le dernier n'est que le développement du premier; que les mots : *a cet objet*, se réfèrent aux trois sortes d'opérations dont il est parlé dans l'article 457, savoir : l'emprunt, la constitution d'hypothèque et l'aliénation : le législateur n'a pu établir entre elles aucune cause de préférence, puisqu'elles ont un même résultat : celui de conduire plus ou moins rapidement le débiteur à sa ruine. — D'ailleurs, ce que la loi décide pour le mineur émancipé doit s'appliquer, *à fortiori*, au mineur en tutelle : or, il résulte textuellement de l'article 483 que le mineur émancipé ne peut, sous aucun pré-

(1) Carré et Chauveau, quest. 3005; — Douai, 1er août 1838, Dev., 1840, 2, 21; Pal., 1840, 1, 643; Dal., 1840, 2, 47.

(2) Suivant Chardon, Puiss. tut., n° 410, l'autorisation du conseil de famille n'est pas même nécessaire en ce cas.

texte, faire d'emprunts sans une délibération du conseil de famille, dûment homologuée (1).

Le tribunal compétent pour homologuer est celui du domicile du mineur; il s'agit d'une question d'opportunité, question que ce tribunal est plus à même d'apprécier que celui de la situation des biens. (Demolombe, nos 250, 261 et 731.)

La vente des biens du mineur et la constitution d'hypothèque consenties sans l'accomplissement des formalités prescrites sont nulles de droit (2); mais la nullité n'est que relative : le mineur peut exercer, à son choix, ou l'action révocatoire contre l'acquéreur, ou l'action en indemnité contre le tuteur : s'il opte pour ce dernier parti, son droit est garanti par l'hypothèque légale qui lui est déférée sur les biens de son tuteur (3).

459 — La vente se fera publiquement, en présence du subrogé tuteur, aux enchères qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance, ou par un notaire à ce commis, et à la suite de trois affiches apposées, par trois dimanches consécutifs, aux lieux accoutumés dans le canton.

Chacune de ces affiches sera visée et certifiée par le maire des communes où elles auront été apposées.

= Lorsque les formes requises ont été observées, le mineur est lié comme le serait un majeur; il ne peut se faire restituer même pour cause de lésion (1314 et 1684).

Ces formes, que le Code civil se borne à indiquer, ont été réglées par le Code de procédure (*voy.* art. 953 et suiv.). La loi du 2 juin 1841 les a simplifiées : voici quelles sont les principales modifications apportées par cette loi au Code de procédure :

L'expertise qui, d'après le Code, était obligatoire (955 Pr.) pour fixer la mise à prix de chacun des immeubles à vendre, est devenue facultative : le tribunal peut déterminer lui-même cette mise à prix, soit d'après les titres de propriété, soit d'après les baux authentiques ou sous seing privé ayant date certaine, et, à défaut de baux, d'après le rôle de la contribution foncière.

L'ancienne loi n'obligeait le conseil de famille à énoncer, dans l'avis préalable qu'il était tenu de donner, ni la nature des biens, ni leur valeur approximative (953 Pr.). — Ces énonciations sont de rigueur sous la loi nouvelle, car elles doivent servir de base au tribunal pour la fixation de la mise à prix (955 Pr.).

Il suffit aujourd'hui d'une seule apposition de placards (959 et 960 P.), au lieu de trois que l'ancienne loi prescrivait (961 Pr.).

(1) Merlin, Rép., vo Hyp., sect. 2, § 3, art. 6; Quest., vo Hyp., § 4; Pigeau, l. 2, p. 285; Magnin, t. 1er, no 691; Demolombe, no 730.

(2) Amiens, 29 juillet 1824, Dev. Pal.; Paris, 18 mars 1839, Dev., 1839, 2, 178; Dal., 1839, 2, 98; Pal. 1839, 1, 537.

(3) Toulouse, 18 décembre 1826, Dev. Pal.

Enfin, l'adjudication est maintenant unique (art. 958); le Code exigeait une adjudication *préparatoire* (formalité inutile et dispendieuse) et une adjudication définitive (art. 960 et 964).

La loi nouvelle tranche en outre plusieurs questions qui divisaient autrefois les auteurs : on se demandait, notamment, si la présence du subrogé tuteur à la vente (459 C. civ) était prescrite à peine de nullité? Cette difficulté ne peut plus naître; le nouvel article 962 Pr. déclare qu'il sera procédé à cette opération, tant en l'absence qu'en présence du subroge tuteur, pourvu qu'il ait été régulièrement appelé.

460 — Les formalités exigées par les articles 457 et 458, pour l'aliénation des biens du mineur, ne s'appliquent point au cas où un jugement aurait ordonné la licitation sur la provocation d'un copropriétaire par indivis.

Seulement, et en ce cas, la licitation ne pourra se faire que dans la forme prescrite par l'article précedent : les étrangers y seront nécessairement admis.

= Nul n'est tenu de rester dans l'indivision (815). — Lorsqu'un jugement sur les poursuites de l'un des copropriétaires majeurs, a ordonné la licitation d'un immeuble indivis, il est clair que le conseil de famille n'a point d'autorisation à donner.

Mais il en serait autrement, s'il s'agissait de provoquer la licitation au nom du mineur; car la vente ne serait plus alors forcée.

On nomme *licitation*, la vente au plus offrant et dernier enchérisseur, d'un immeuble qui appartient par indivis à plusieurs, et qu'on ne peut partager commodément (1686 et 1827).

Les étrangers, c'est à-dire, tous autres que les copropriétaires, sont admis nécessairement à surenchérir, lorsque des mineurs sont intéressés dans le partage : le législateur a considéré, dans sa vive sollicitude pour les mineurs, que le prix s'élèverait d'autant plus que les enchérisseurs seraient plus nombreux. Hors ce cas, lorsque tous les copropriétaires sont majeurs, il faut que l'un d'eux fasse des réquisitions à cet effet.

L'autorisation du conseil de famille est encore inutile, ainsi que nous l'avons déjà dit (*voy.* art. 457), en cas d'expropriation forcée poursuivie par un créancier du mineur : l'obligation imposée au poursuivant de faire vendre préalablement le mobilier du mineur est, en ce cas, la seule faveur attachée à l'état de minorité. — Cette discussion préalable n'est pas même requise lorsque l'immeuble est possédé par indivis entre un majeur et un mineur tenus conjointement d'une même dette, ou lorsque les poursuites ont été commencées contre un majeur auquel le mineur a succédé (2206 et 2207) : — au premier cas, en veillant à ses propres intérêts, le majeur pourvoit à ceux du mineur: — au second cas, il y a droit acquis au poursuivant.

Quid si celui qui provoque la licitation est lui-même mineur? Il faut une autorisation du conseil de famille du côté du demandeur,

mais cette autorisation n'est pas nécessaire du côté du défendeur.

Le mineur dont les biens ont été vendus sans formalités de justice peut exercer, à son choix, ou l'action révocatoire contre l'acquéreur, ou l'action en indemnité contre son tuteur : s'il opte pour ce dernier parti, l'hypothèque légale qui lui est accordée sur les biens de ce dernier remontera au jour de l'entrée en fonctions du tuteur (arg. de l'art. 2121) : en ratifiant la vente qui n'est frappée que d'une nullité relative, il recevra donc le payement du prix (1).

Actes soumis à des formes spéciales.

Nous comprenons dans cette catégorie, le partage et la transaction.

Du partage.

465 — La même autorisation sera nécessaire au tuteur pour provoquer un partage, mais il pourra, sans cette autorisation, répondre à une demande en partage dirigée contre le mineur.

= Pendant l'indivision, les divers copropriétaires ont des droits sur toute la chose et sur chacune de ses parties. Le partage restreint les droits de chacun à la part qui lui échoit (*voy.* art. 883 C. civ.) : une sorte d'échange s'opère donc entre les copartageants ; ils sont censés renoncer respectivement aux droits qu'ils avaient sur les biens qui ne leur ont pas été dévolus ; dès lors, sans considérer le partage comme une aliénation directe, il est conséquent, si le mineur doit se porter demandeur, d'appeler le conseil de famille à statuer sur la question d'opportunité, et de prendre des mesures pour garantir ses intérêts.

Avant tout, lorsque plusieurs mineurs ayant le même tuteur se trouvent appelés au partage, le tribunal doit nommer à chacun d'eux un tuteur spécial ; car ils ont des intérêts opposés (968 Pr.). Le tuteur ordinaire ne pourrait, en effet, sans contrevenir à son mandat, agir en faveur de l'un, pour un contre les autres, puisqu'il est le défenseur légal de tous.

Cela posé, nous distinguerons : lorsque la demande en partage est formée par un majeur, il est clair que le conseil de famille du mineur n'a pas à donner d'autorisation, puisqu'il ne pourrait, par un refus, paralyser cette demande, nul n'étant tenu de rester dans l'indivision (815) ; le mineur est valablement représenté par son tuteur.

Au contraire, lorsque c'est le tuteur au nom du mineur (465), ou le mineur émancipé (484 C. C.) qui doit se porter demandeur, l'autorisation préalable du conseil de famille est indispensable (807) ; car souvent il importe au mineur que le partage soit différé jusqu'à sa majorité,

(1) Toulouse, 18 décembre 1826, Dev. Pal.

époque à laquelle cette opération pourra se faire à l'amiable et sans frais.

L'autorisation du conseil de famille doit intervenir, quelle que soit la cause de l'indivision : succession, communauté ou société; que les biens à partager consistent en meubles ou en immeubles : la loi est absolue (1). Car la masse mobilière peut comprendre des choses dont le tuteur n'a pas le droit de disposer; par exemple, des rentes sur l'État excédant 50 francs.

Observons qu'il s'agit uniquement dans cet article de l'action en partage, opération qui elle-même nécessite, ainsi que nous le verrons dans l'article suivant, l'intervention du tribunal et des formes spéciales.

466 — Pour obtenir à l'égard du mineur tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, le partage devra être fait en justice, et précédé d'une estimation faite par experts nommés par le tribunal de première instance du lieu de l'ouverture de la succession.

Les experts, après avoir prêté, devant le président du même tribunal ou autre juge par lui délégué, le serment de bien et fidèlement remplir leur mission, procéderont à la division des héritages et à la formation des lots, qui seront tirés au sort, et en présence soit d'un membre du tribunal, soit d'un notaire par lui commis, lequel fera la délivrance des lots.

Tout autre partage ne sera considéré que comme provisionnel (2).

= Le partage (qu'il ait pour objet des meubles ou des immeubles, une généralité ou certaines choses déterminées) peut être fait de deux manières : *à l'amiable* ou *en justice*.

Le partage à l'amiable suppose que les parties jouissent de l'exercice de leurs droits et qu'elles sont d'accord. — Dans tous autres cas, il faut nécessairement observer les formes judiciaires.

La loi déclare *provisionnel* (c'est-à-dire, provisoire et de jouissance), le partage dans lequel le mineur est intéressé, lorsque ces formalités n'ont pas été observées (840 C. civ.). Ce partage tombera donc nécessairement devant un règlement définitif, sans qu'il soit besoin de le faire annuler.

Toutefois, il faut bien saisir le sens de notre article : est-ce à dire, comme le prétend Proudhon, p. 385, que le mineur, parvenu à sa majorité, puisse, à son choix, ou refuser d'exécuter le partage provisionnel, ou faire de ce règlement temporaire, n'ayant trait qu'aux revenus, la

(1) Paris, 13 pluviôse an XII. Dev. Pal.; S. 1804, 2, 1005. S., 1804, 2, 100.

(2) L'article 466 a été modifié, en ce qui concerne l'expertise, par l'article 970 Pr. : la loi du 27 juin 1841 déclare que l'expertise sera facultative pour le tribunal.

base d'un règlement définitif? Aucune difficulté ne peut s'élever sur le premier point : le tuteur avait qualité pour recevoir et disposer des fruits ; par conséquent, il n'a pu entrer dans la pensée du législateur d'accorder au mineur le droit d'attaquer un acte dans lequel il a été valablement représenté. — Mais sur le deuxième nous pensons qu'il faut distinguer : ou les copartageants ont entendu faire un règlement provisoire, ou ils ont voulu faire un règlement définitif : au premier cas, le mineur ne peut attaquer l'opération ; — au second cas, nous admettrons la théorie de Proudhon ; alors seulement il est vrai de dire, avec cet auteur, que le mineur n'est pas lié, car son mandataire a excédé ses pouvoirs ; tandis que les copartageants le sont envers lui ; que, devenu majeur, il a le droit ou de ratifier le partage pour s'en tenir à son lot, ou de le faire recommencer, s'il croit y avoir intérêt : en un mot, on applique, en pareil cas, la règle du droit commun, qui permet au mandant de ratifier, si bon lui semble, les actes faits par le mandataire au delà de son mandat. (*Voy.* art. 1989 et 1998.)—Comme on le voit, il s'agit ici d'une question d'intention (1).

Si le partage avait été conclu avec le mineur lui-même, hors la présence de son tuteur, il y aurait lieu à l'application des articles 1125 et 1305 : ainsi, le mineur pourrait se faire restituer, en cas de lésion : mais lui seul serait admis à se prévaloir des vices du contrat ; les copartageants majeurs n'auraient pas cette faculté (2).

Pour conférer au partage l'autorité qu'il aurait, si toutes les parties étaient majeures ; pour sortir définitivement d'indivision, quand l'un des copartageants est mineur, il faut recourir aux formes judiciaires.

Voici quelles sont les principales formalités (3) :

La demande en partage se forme par assignation donnée à tous les ayants droit (968 Pr.), que le demandeur soit majeur ou mineur (465 C. civ.).

En prononçant sur la demande, le tribunal ordonne le partage, s'il peut avoir lieu commodément, ou, dans le cas contraire, la vente par licitation.

(1) Valette sur Proudhon, p. 386; Dur., n° 179, t. 7; Merlin, Rép., Part. prov.; Chabot, n° 7, sur l'art. 840; — Limoges, 27 janvier 1824; Lyon, 4 avril 1810 et 16 juillet 1812; Colmar, 28 novembre 1816; Cass., 30 août 1815, Dev. Pal. — Suivant Zach., p. 230; Favard, v° Partage, sect. 2. § 3; Delv., t. 2, p. 50, n° 1, et Vaz., Succ., art. 840, les majeurs sont, comme les mineurs, recevables à demander un partage définitif. *Voy.* en outre, en ce sens, Limoges, 27 janvier 1824, Dev. Pal.; Cass., 24 juin 1839, Dev., 1839, 1, 615; Dal., 1839, 1, 372; Pal., 1839, 2, 29.

(2) Malpel, Succ., n° 318; Valette, *ibid.*; — Agen, 12 novembre 1823, Dev. Pal.; Montpellier, 16 août 1842, Dev., 1843, 2, 149; Cass., 24 juin 1839, 1, 615; Dal., 1839, 1, 372; Pal., 1839, 2, 29.

(3) Il n'entre pas dans notre projet de tracer ici la forme de procéder en matière de partage, mais seulement de faire connaître les principales modifications apportées par la loi de 1841 au tit. 7, liv. 2 du Code de pr. Le but de cette loi a été de simplifier la procédure, en vue de la rendre plus prompte et de diminuer les frais. — Ainsi, l'expertise, qui était obligatoire sous l'ancienne loi (969 et 970 Pr., 824 C. civ.), est devenue facultative. — Le tribunal peut se borner à nommer un seul expert, au lieu de trois qu'il devait nécessairement désigner autrefois (971 Pr.). — Enfin, il résulte de l'art. de 973 Pr. que les jugements rendus sur les formalités postérieures à la sommation de prendre communication du cahier des charges, ne peuvent être attaqués ni par opposition ni par appel.

« Le tribunal *pourra*, soit qu'il ordonne le partage, soit qu'il ordonne la licitation, déclarer qu'il y sera immédiatement procédé sans expertise préalable, même lorsqu'il y aura des mineurs en cause : dans le cas de licitation, le tribunal déterminera la mise à prix, conformément à l'article 955 Pr » (970 Pr.)

« Le jugement qui prononce sur la demande commet, s'il y a lieu, un un juge pour présider aux opérations du partage, et en même temps un notaire. » (966 Pr.)

« Lorsque le tribunal ordonnera l'expertise, il pourra commettre un ou trois experts qui prêteront serment, comme il est dit en l'art. 956. » (971 Pr.)

« S'il s'élève des difficultés sur le cahier des charges, elles sont vidées à l'audience sans aucune requête et sur un simple acte d'avoué à avoué. »

« Le jugement qui interviendra ne pourra être attaqué que par la voie de l'appel, dans les formes et les délais prescrits par les art. 731 et 732 Pr. »

« Tout autre jugement sur les difficultés relatives aux formalités postérieures à la sommation de prendre communication du cahier des charges, ne pourra être attaqué ni par opposition ni par appel. » (973 Pr.)

« Si la demande en partage n'a pour objet que la division d'un ou plusieurs immeubles sur lesquels les droits des intéressés soient déjà liquidés, les experts, en procédant à l'estimation, composeront les lots ainsi qu'il est prescrit par l'article 466 C. civ., et après que leur rapport a été entériné, les lots sont tirés au sort soit devant le juge-commissaire, soit devant le notaire déjà commis par le tribunal, aux termes de l'article 969 Pr. » (975 Pr.)

« Dans les autres cas, et notamment lorsque le tribunal aura ordonné le partage sans faire procéder à un rapport d'experts, le poursuivant fait sommer les copartageants de comparaître, au jour indiqué, devant le notaire commis, a l'effet de procéder aux compte, rapport, formation de masse, prélèvements, composition de lots et fournissement, ainsi qu'il est ordonné par le Code civil (art. 828) — Il en est de même après qu'il a été procédé à la licitation, si le prix de l'adjudication doit être confondu dans une masse commune pour former la balance entre les divers lots. » (976 Pr.)

La liquidation est ensuite soumise au tribunal (après taxe des honoraires du notaire) pour être homologuée sur le rapport du juge-commissaire.—Si des contestations se sont élevées, le tribunal statue et renvoie devant le notaire pour opérer la ratification ordonnée.

Les frais de justice sont à la charge de la masse, bien qu'ils aient été occasionnés par le concours du mineur. Le conseil d'État avait inséré, dans sa rédaction primitive, un article où il était dit que le mineur supporterait les frais; mais, sur l'observation de M. Treilhard, qu'il convenait de les faire supporter par la masse, quand le partage était reconnu nécessaire et juste, l'article fut retranché (*v.* Locré, p. 286, t. 5). — Il paraît d'autant plus équitable de mettre les dépens à la charge de la masse, qu'ils sont faits, en définitive, pour l'avantage des majeurs eux-mêmes,

afin de les soustraire à toute action en rescision de la part du mineur.

De la transaction.

467 — Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur, qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République près le tribunal de première instance.

La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur de la République.

= La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation ou préviennent une contestation à naître : ce qu'elles font ordinairement en modifiant leurs prétentions respectives (2044).

Ce contrat suppose, dans la personne de chacune des parties, les qualités suffisantes pour disposer des biens qui en sont l'objet (2045); par conséquent, il excède le mandat du tuteur. Sous notre ancienne jurisprudence, quelques auteurs lui accordaient ce pouvoir relativement aux objets mobiliers (1); mais, aujourd'hui, le doute n'est plus permis; l'article 467 est absolu. — Vainement opposerait-on que le tuteur peut acquiescer à une action mobilière (arg. des termes de l'art. 464); l'acquiescement équivaut à la reconnaissance du droit; il suppose que les prétentions du demandeur sont bien établies, que le procès n'est pas soutenable; tandis que l'échange des sacrifices réciproques résultant de la transaction implique le doute : on comprend dès lors que la loi ait dû prescrire des formalités spéciales (2).

Gardons-nous également de confondre la transaction avec le *compromis* (3), sorte de contrat qui a pour résultat de priver les parties de leurs juges naturels et de la protection du ministère public, en substituant à la justice ordinaire un tribunal privé. Ce tribunal est loin de présenter les mêmes garanties, bien qu'il occasionne souvent des frais beaucoup plus considérables : le tuteur ne pourrait compromettre même sur des objets mobiliers; la loi ne distingue pas (1033 Pr.)

Revenons à notre disposition : le tuteur, avons-nous dit, n'est pas libre appréciateur des sacrifices que le mineur peut faire pour arriver à une transaction : la loi ne s'en rapporte même, sur ce point, ni aux lumières du conseil de famille, ni à celles du tribunal; elle exige de plus l'avis de trois jurisconsultes : cette condition est essentielle (4).

(1) Merlin, Rép., v° Trans., § 1er, n° 3.

(2) Delv., p. 120, n° 8; Zach., p. 231; Demolombe, n° 747.

(3) *Compromettre*, c'est charger certaines personnes de prononcer sur une contestation à la place des juges designés par la loi (*voy* art. 1004 et suiv.). Or, les affaires qui sont de nature à être communiquées au ministère public ne peuvent être la matière d'un compromis (1004 et 183 Pr.).

(4) Magnin, n° 699; — Paris, 4 février 1848. Pal., 1848. 1, 398; Turin, 29 juillet 1809, Pal. Dev.

Le mot *jurisconsulte* doit s'entendre ici des *avocats :* s'ils ne sont pas désignés sous ce nom dans l'article 467, c'est qu'à l'époque de la promulgation du titre qui nous occupe, l'ordre des avocats, supprimé par la loi du 2 septembre 1790, n'avait pas encore été rétabli (1)

Les jurisconsultes qui devront donner leur avis sont désignés par le procureur de le république : il choisit ordinairement *d'anciens avocats.* — Dans l'usage, les avocats reçoivent ce titre lorsqu'ils ont dix ans d'inscription au tableau (*voy.* art. 495 Pr.).

Ces jurisconsultes examinent les points douteux du litige, les concessions que le mineur peut faire, l'avantage ou le désavantage qui résultera pour lui de la transaction projetée.

Régulièrement, leur avis doit précéder l'autorisation du conseil de famille, puisque cette formalité a précisément pour but de l'éclairer : néanmoins, rarement on engage le mineur dans les frais d'une consultation, sans avoir pris au préalable l'avis de la famille. D'ailleurs, l'article 467 n'établit point d'ordre rigoureux dans l'accomplissement des formalités qu'il prescrit. (Demolombe, n° 749.)

Est-il nécessaire que les trois jurisconsultes aient approuvé le projet? Suivant quelques personnes, il suffit de prouver qu'on les a consultés : mais cette opinion, d'ailleurs contraire à l'esprit de la loi, ne peut se soutenir, en présence des termes du texte : il n'est pas dit : *après avoir pris l'avis de....*, mais *de l'avis de.....*, ce qui suppose l'adhésion. — Bien plus, on est fondé à soutenir que l'unanimité est requise; car il ne s'agit pas d'une délibération dans laquelle la majorité doit l'emporter, d'un être moral en un mot, mais de trois opinions individuelles : c'est là une garantie pour le mineur.

Actes interdits au tuteur à raison de sa qualité.

Les règles que nous allons exposer sont fondées sur les considérations suivantes : d'une part, le tuteur ne peut faire, en vertu du mandat légal dont il est investi, que des actes d'administration ; d'autre part, il importe de prévenir le danger d'une situation qui aurait pour résultat de placer le tuteur entre ses devoirs et ses intérêts personnels.

A cette occasion, nous poserons en principe que le tuteur est sans qualité pour représenter le mineur dans les opérations où il se trouve lui-même personnellement intéressé : en ce cas, le subrogé tuteur doit intervenir (2) (420 C. civ.).

Ces préliminaires posés, voyons spécialement quels sont les actes qui sont interdits au tuteur :

« Le tuteur, porte l'article 450, 3e alinéa, ne peut acheter les biens » du mineur ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille

(1) Le rétablissement de cet ordre date seulement de la loi du 22 ventôse an XII. *Voy.* aussi le décret du 14 décembre 1810.

(2) Montpellier, 17 mai 1831, Dev., 1832, 2, 290, Pal.; Amiens, 25 février 1837, Dev., 1837, 2, 478.

» n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail, ni accepter la » cession d'aucun droit ou créance contre son pupille. »

Cette prohibition s'applique à tout tuteur quel qu'il soit, même aux père et mère (1).

Le tuteur, disons-nous, ne peut *acheter :* la loi ne distingue pas si la chose est meuble ou immeuble ; si la vente a lieu de gré à gré ou aux enchères sur saisie : les mêmes dangers se présentent; les mêmes mesures protectrices sont nécessaires : dans tous les cas, il est à craindre, en effet, que le tuteur ne cherche à éloigner les acheteurs par des renseignements inexacts, afin d'obtenir les biens du mineur à bas prix (2).

Il est bien entendu que l'achat serait frappé de nullité, lors même qu'il aurait été fait par personnes interposées (1596) (3).

Le même principe a fait décider que le tuteur ne pourrait accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille ; par exemple, se rendre cessionnaire de l'action en nullité, en rescision ou en revendication qu'un tiers serait en droit d'exercer contre le mineur; ou acheter une obligation souscrite par une personne dont ce dernier aurait hérité.—On a considéré, d'une part, que les transports se faisant en général moyennant un prix inférieur à la valeur nominale de la créance ou du droit cédé, c'eût été procurer au tuteur un bénéfice aux dépens d'un incapable qu'il doit protéger ; d'autre part, que le tuteur aurait ainsi la faculté de faire revivre une créance éteinte, en supprimant des quittances, des remises, des reconnaissances ou autres titres qui établiraient la libération de son pupille.

Les termes généraux et absolus de cette disposition excluent même les modifications apportées à l'art. 1699 par l'art. 1701. (Demolombe, n° 762.)

Remarquons surtout qu'il s'agit ici d'une loi restrictive, et que ces sortes de dispositions doivent se renfermer dans leurs termes ; or, il faut observer :

1° Que notre article ne parle que du *tuteur;* par conséquent, on ne peut étendre son application au subrogé tuteur : d'ailleurs, les mêmes raisons n'existent pas (*voy.* cep. Delvincourt sur l'article 1596) ;

2° Que les mots *achat* et *cession* impliquent la pensée que le tuteur n'avait aucun autre titre pour devenir propriétaire ; qu'il tient directement ses droits du vendeur ou du cédant ; — d'où nous concluons qu'il peut surenchérir et se rendre adjudicataire dans les cas suivants : 1° lorsqu'il a, comme créancier du mineur, une hypothèque sur l'immeuble vendu; que l'adjudication ait lieu sur vente volontaire ou sur expropriation forcée, cela importe peu (4) : sa qualité de tuteur, en effet, ne saurait paralyser les droits qui lui sont attribués comme créancier (5) ;—

(1) Riom, 14 juillet 1814, Dev. Pal.

(2) Demolombe, n° 751; — Colmar, 16 février 1808; Paris, 26 janvier 1826, Dev. Pal.

(3) Dur., n° 139; Troplong, Vente, t. 1er.

(4) Colmar, 16 février 1808; Paris, 28 janvier 1826, Dev. Pal.

(5) Duvergier sur Toullier, t. 1er, n° 1251; Demolombe, n° 755 ; — Toulouse, 4 février 1825, Dal., 1825, 2, 134, Dev. Pal.

2° lorsqu'il est copropriétaire indivis avec le mineur : en ce cas, il agit en vertu d'un droit qui lui est propre; il use du bénéfice conféré à tout copartageant par les articles 815, 883 et 1408; la licitation tenant lieu de partage (*voy.* art. 827 et 1687).

Il en serait ainsi, quand même la licitation aurait été provoquée par le tuteur; l'état des choses ne serait pas modifié par cette circonstance (1).

Seulement, comme le mineur se trouverait avoir des intérêts opposés à ceux de son tuteur, il y aurait lieu de nommer un tuteur *ad hoc* (arg. des articles 459 et 838 C. civ., *in fine;* Demolombe, n° 754).

3° Que l'intention du législateur a été de mettre le mineur à l'abri des idées de trafic ou de lucre que pourrait concevoir le tuteur; dès le moment où ce danger ne peut naître, la règle cesse, par conséquent, d'être applicable : ainsi, rien ne s'oppose à ce que le tuteur acquière une créance contre le mineur, en qualité d'héritier (711 et 724), de légataire (1014) ou de donataire : dans ces divers cas, en effet, le tuteur n'est réellement pas cessionnaire; car le mot *cession* emporte l'idée d'un acte à titre onéreux. — En ce qui touche la donation, quelques doutes, il est vrai, peuvent s'élever; on peut dire que cet acte nécessite l'acceptation, de la part du tuteur donataire (932 ; c'est-à-dire, le concours de deux volontés : cependant nous ne voyons pas de raison pour lui refuser la capacité d'acquérir ainsi, puisqu'il peut recevoir par testament; ces actes excluent l'un et l'autre toute pensée de spéculation : il s'agit d'une pure libéralité.—Nous exceptons toujours, bien entendu, le cas où la donation dissimulerait un acte à titre onéreux; alors il y aurait fraude. (Demolombe, n°s 759 et suiv.)

Lorsque le tuteur a payé de ses deniers une dette du mineur, on distingue : s'il était tenu de cette dette, soit comme caution, soit comme codébiteur; ou bien encore, s'il a remboursé un créancier qui lui était préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques (1251), la subrogation légale produit ses effets ordinaires à son profit (1251) : dans les deux premiers cas, il a payé parce qu'il y était contraint; ce qui exclut toute pensée de spéculation ou de trafic;—dans le troisième cas, il a usé d'un droit attaché à son titre de créancier, qualité que n'a pu lui ravir sa position par rapport au mineur (1251) (2).

Si le tuteur a payé sans être personnellement obligé ; ou mieux, s'il ne se trouve pas dans un cas de subrogation légale (1251), il ne peut exercer contre le mineur qu'une action personnelle en remboursement de ses avances.

Mais quel serait l'effet de la subrogation conventionnelle qu'il aurait stipulée à son profit? La plupart des auteurs ne lui accordent, même en ce cas, qu'une action personnelle : la subrogation, disent-ils, dissi-

(1) Demolombe, n°s 754 et 762 : Dur., n° 599; Valette sur Proudhon, p. 597; Duvergier sur Toullier, n° 1251.

(2) Delv., p. 125, n° 6; Dur., n° 601; Toullier, n° 1254.

mulerait presque toujours une spéculation : au lieu de se rendre cessionnaire, le tuteur se ferait subroger; le résultat serait le même (1).

Nous n'admettons pas cette doctrine : autre chose, en effet, est la cession, autre chose est la subrogation : en cas de cession, il n'y a qu'un changement de créancier; c'est le même titre qui passe d'une main dans une autre.—La subrogation n'est qu'une modalité du payement : la première créance est éteinte; une créance nouvelle lui est immédiatement substituée, jusqu'à concurrence de la somme réellement payée; seulement, les garanties de la première créance passent sur la seconde, voilà tout : ce n'est donc point la subrogation qui crée le recours; c'est le payement.—Dans cet état de choses, pourquoi refuser au tuteur le bénéfice de la subrogation conventionnelle? La loi établit-elle à son égard une exception à la règle générale établie par l'article 1250?—D'ailleurs, on ne voit réellement pas de raison pour interdire au tuteur la faculté d'exercer envers le mineur un bon office, un acte de bienfaisance, tout en prenant des garanties pour ses propres intérêts : d'une part, la position des autres créanciers ne sera nullement aggravée; d'autre part, la subrogation procurera au mineur lui-même la faculté de se soustraire, par un emprunt, aux poursuites d'un créancier exigeant. Ainsi, déclarer cette stipulation nulle, ce serait aller contre le but que la loi se propose.

Rigoureusement, on pourrait même soutenir que le tuteur peut se faire subroger sans avoir obtenu au préalable l'autorisation du conseil de famille, puisqu'il trouve, dans sa seule qualité, les pouvoirs nécessaires pour éteindre les dettes du mineur · néanmoins, attendu l'importance de l'acte, et surtout le doute qui peut en définitive s'élever, il agira prudemment en se faisant autoriser (2).

Si le tuteur s'était fait donner quittance pour le tout, d'une créance qu'il n'aurait payée qu'en partie, on le considérerait pour le surplus de ses débours comme un véritable cessionnaire, et partant, on lui ferait application de l'article 450, quand même il aurait stipulé la subrogation.

Il nous reste à faire observer que les effets de la prohibition cessent, dès que le tuteur n'est plus en fonctions : le Code civil s'est écarté, sous ce rapport, des règles de la novelle 72 (Demolombe, n° 764).

Le tuteur ne peut prendre à ferme (ou à loyer) les biens du mineur (art. 450, 1708, 1710 et 1711), qu'autant que le conseil de famille a autorisé le tuteur à lui en passer bail : cette mesure est souvent commandée par les circonstances.

Remarquons ces termes de la loi : *à moins que le conseil de famille n'ait autorisé.....* Le conseil de famille peut assurément régler lui-même les conditions du contrat; mais il peut aussi se borner à intervenir pour habiliter le subrogé tuteur.

(1) Delv., p. 119, n° 2; Toullier, n° 1254, t. 1er; Dur., n° 602, t. 5; n° 121, t. 12.
(2) Demolombe, n° 770; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 400; Dur., n° 602.

Au premier cas, le subrogé tuteur ne sera qu'un agent passif du conseil de famille; au second cas, il fera pour le mineur telles stipulations et telles promesses qu'il jugera convenables.

Les baux seront soumis, pour leur durée et pour les époques de renouvellement, aux mêmes règles que s'ils étaient passés entre le tuteur et un tiers; le subrogé tuteur, en effet, remplit pour cet acte spécial les fonctions de tuteur (Demolombe, nos 784 et suiv.).

Nonobstant le silence de la loi, il n'est pas douteux que le subrogé tuteur pourrait devenir locataire ou fermier des biens du mineur : le tuteur devrait alors obtenir du conseil de famille l'autorisation de lui en passer bail : il y a même raison que pour le cas où l'acte est consenti au profit du tuteur (1).

Le tuteur ne peut, même avec l'autorisation du conseil de famille, disposer à titre gratuit des biens du mineur : la donation est un acte de bienfaisance, le résultat d'un sentiment intime et personnel, un acte d'*abusus*, en un mot : à ces divers titres, il dépasse les limites du mandat général d'administrer. La loi, il est vrai, ne prononce pas textuellement cette prohibition; mais, en se bornant à déterminer des conditions pour la validité des actes à titre onéreux, elle maintient implicitement l'incapacité en ce qui concerne les dispositions à titre gratuit (2).

Du reste, nous n'entendons pas interdire au tuteur la faculté de faire, même sans autorisation, les cadeaux commandés en certains cas par l'usage, ou ces petites rémunérations sans importance, qui ont pour objet, soit de reconnaître des services rendus, soit d'encourager des services à rendre : le tuteur est préposé *non solum rebus, sed etiam moribus pupilli.*

Mais ces dépenses doivent être en rapport avec les revenus : s'il était question de contracter un engagement, ou de toucher au fond du patrimoine, il faudrait observer les formes prescrites par l'article 457.

Enfin, nous rappellerons ici que les intérêts du mineur ne peuvent être l'objet d'un compromis : aucun article du Code ne prononce textuellement cette prohibition, il est vrai; mais elle résulte suffisamment des articles 1003 et 1004 Pr. : le premier déclare qu'on ne peut compromettre que sur les droits dont on a la libre disposition; le second, qu'on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public : or, d'une part, le tuteur n'a pas la libre disposition des droits du mineur; d'autre part, le ministère public donne des conclusions dans toutes les causes où les mineurs sont parties intéressées (83 Pr.).

Vainement opposerait-on que les intérêts du mineur peuvent être l'objet d'une transaction : autre chose est de transiger, autre chose est

(1) Magnin, no 671; Demolombe, no 787.

(2) Pothier, Des personnes, part. 1re, t. 6, sect. 4, art. 5, § 2; Demolombe, no 635; — Cass., 22 juin 1818, Dev. Pal.

de compromettre : celui qui transige défend lui-même ses droits ; celui qui se soumet à un compromis prend pour juges de simples particuliers, qui, trop souvent, n'offrent aucune garantie d'aptitude (1).

Les termes généraux des articles 1003 et 1004 Pr. excluent toute distinction entre les meubles et les immeubles.

Bien plus, le tuteur ne pourrait compromettre même sur des contestations relatives aux fruits ou aux revenus : sans doute, il est souvent regrettable de jeter le mineur dans un procès pour des objets d'une importance minime ; mais enfin ce moyen extrême présente encore au mineur plus de garantie qu'un compromis (2).

Nous supposons uniquement ici le cas d'arbitrage volontaire : il est bien évident que le mineur se trouverait nécessairement soumis, comme tout autre, à l'arbitrage forcé ; car, en matière de société, les arbitres sont les juges naturels des parties (art. 51 et suiv. C. com.).

— L'article 450 déclare que le tuteur ne peut accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille ; mais quelle est la sanction de cette règle ?

Premier système : La créance est éteinte, sinon de plein droit, du moins parce que nul ne peut en poursuivre le payement, *defectu actionis :* ainsi, le mineur se trouve complétement libéré, soit vis-à-vis du cédant, soit vis-à-vis du cessionnaire ; l'un, ayant disposé de son droit, ne saurait être admis à s'en prévaloir ; l'autre n'a pu devenir créancier.—Telle était la règle de la novelle 72, ch. 5. On doit présumer que les auteurs du Code ont voulu s'y référer, puisqu'ils n'ont pas établi de sanction particulière.—Rappelons-nous, d'ailleurs, qu'il s'agit non-seulement d'un procès, mais encore d'empêcher qu'un tuteur de mauvaise foi ne supprime les titres qui pourraient établir en tout ou en partie la libération du mineur.— L'article 451 nous présente du reste un argument *à fortiori :* si le tuteur est déchu de sa créance, par cela seul qu'il n'a pas fait de déclaration dans l'intitulé d'inventaire ; *à fortiori*, doit-il encourir cette peine, lorsqu'il a commis la faute grave de se rendre cessionnaire, au mépris des dispositions formelles de la loi. — Mais les effets de la cession sont maintenus entre le tuteur et le cédant, en ce sens, que ce dernier est à l'abri des recours du tuteur : pourquoi déclarerait-on le contrat nul à son égard ? il n'était point tuteur ; il n'avait point la faculté de supprimer les quittances ; il a même pu ignorer la qualité du cessionnaire (3).

Deuxième système : Le mineur n'est point libéré ; la cession est seulement frappée de nullité absolue, comme le sont en général les conventions illicites (1131 et 1133) : le cédant conserve purement et simplement les droits qu'il avait contre le pupille. — La rigueur de la novelle 72 n'avait pas été maintenue dans le droit coutumier ; elle n'a pu passer dans le Code civil.—L'art. 450 défend la cession de créance ; il ne dit pas que le débiteur est libéré : une mesure aussi rigoureuse nécessiterait du moins un texte formel. — Il n'y a point d'induction à tirer de l'article 451 ; de graves présomptions de fraude s'élèvent contre le tuteur qui forme une demande judiciaire contre le mineur, après avoir déclaré dans l'inti-

(1) Toullier, n° 1242; Berriat, p. 38, no 9; Encyclop., v° Arbitrage, n° 79 ; Bioche, Pr., v° Arb., n° 53; — Bourges, 18 décembre 1840, Pal., 1841, 2, 592.

(2) Demolombe, n°s 779 et suiv.; Encyclop. du droit, v° Arbitrage, art. 3, § 4, n°s 79 et 80; Berriat, Proc., t. 1er, p. 40; — Turin, 17 mai 1806, Dev. Pal.; Aix, 27 avril 1839, et Bourges, 18 décembre 1840; Dal., v° Arbitrage, chap. 4, n°s 245 et 246.

(3) Dur., n° 123 et n° 9; Dur., n° 600, t. 3; — Caen, 17 mars 1813, Dev. Pal.

tulé d'inventaire qu'on ne lui devait rien : mais ici, que peut-on reprocher au cédant? l'ignorance de la loi, voilà tout; la fraude ne peut exister. Pourquoi donc le déclarer déchu?

Du reste, les parties peuvent éluder la difficulté, en stipulant que, si le mineur invoque la nullité, la cession elle-même sera privée d'effet; en sorte que le cédant demeurera créancier comme par le passé (1).

Troisième système : La cession est nulle par rapport au tuteur ; mais le mineur, devenu majeur, a le choix ou d'invoquer cette nullité, ou de maintenir l'acte : s'il opte pour ce dernier parti, le tuteur sera réputé avoir agi comme gérant d'affaires; en sorte que, s'il n'a déboursé, par exemple, que 1,000 fr. pour obtenir la cession d'une créance de 1,500 fr., le mineur se libérera en remboursant 1,000 fr.; il exercera ainsi, en quelque sorte, le retrait du droit cédé; il prendra l'opération pour son compte. — Si la nullité de la cession est prononcée, les choses seront rétablies dans leur état primitif : le mineur n'aura pas cessé d'avoir le cédant pour créancier, et le cessionnaire aura la répétition de ce qu'il aura payé pour avoir la créance.

Ce système nous paraît plus conforme que les deux précédents aux règles générales établies sur l'administration du tuteur.

Fin de la tutelle. — Conséquences.

La tutelle peut finir soit du côté du mineur, *ex parte pupilli*, soit du côté du tuteur, *ex parte tutoris.*

Du côté du mineur, elle cesse de trois manières :

1° Par sa majorité; — 2° par son émancipation ; — 3° par sa mort naturelle ou civile (art. 22 C. civ., 65 à 69 C. pén.).

Dans les deux premiers cas, si plusieurs mineurs sont soumis à la même tutelle, chacun d'eux peut successivement exiger, en ce qui le concerne, un compte partiel et spécial (Dur., n° 611).

Si le mineur est mort naturellement ou civilement, son droit passe à ses héritiers.

Du côté du tuteur, la tutelle cesse :

1° Lorsqu'il meurt naturellement ou civilement : cette charge est personnelle (419, 425, 1032 et 2003);

2° Lorsqu'il se trouve, par une cause quelconque, dans l'impossibilité de continuer la gestion ; par exemple, si une infirmité grave lui survient, ou s'il est reconnu incapable (*voy.* art. 442, n° 2);

3° En cas d'absence (*voy.* 141, 143 et 424);

4° Lorsqu'il s'est fait dispenser, pour une cause survenue depuis la tutelle (427, 428, 431, 433 et 434);

5° Lorsqu'il a été frappé de destitution (433, 444, 446 et 447);

6° Enfin, rappelons-nous qu'en certains cas, il y a lieu de le remplacer (*voy.* art. 365, 395 et 396).

Cette division, consacrée par la théorie, n'est pas rigoureusement

(1) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 399; Zach., t. 1er, p. 255; Dur., n° 605.

exacte; il est impropre de dire, observe avec raison Demolombe, nos 2 et 24, t. 8, que la tutelle finit *ex parte tutoris :* elle continue toujours, bien que les fonctions de tuteur soient provisoirement remplies par une personne qui n'a point ou qui n'a plus cette qualité; car il y a toujours un mineur, un subrogé tuteur, un conseil de famille, une gestion tutélaire en un mot. — Quoi qu'il en soit, nous avons dû la reproduire.

En ce qui concerne le subrogé tuteur, ses fonctions cessent, non en même temps que celles du tuteur, comme le disent improprement quelques personnes, mais avec la tutelle.

La cessation de la tutelle, soit *ex parte tutoris*, soit *ex parte pupilli*, anéantit de plein droit les pouvoirs du tuteur sur la personne et sur les biens du mineur, et donne lieu à une reddition de compte.

Nous verrons, dans le chapitre suivant, quelles sont les règles à suivre à cet égard ; quant à présent, bornons-nous à faire remarquer que la reddition de compte ne suit pas immédiatement l'événement qui met fin à la tutelle ; qu'un certain délai s'écoule presque toujours avant qu'il ne soit apuré : la loi pourvoit à ce que les biens ne restent pas en souffrance dans cet intervalle.

Quelles sont les mesures prescrites?

Plaçons-nous d'abord dans l'hypothèse où la tutelle finit *ex parte tutoris*, et supposons le cas de prédécès du tuteur, celui qui se présente le plus fréquemment (419).

Les héritiers du tuteur, s'ils sont majeurs, doivent prendre et continuer l'administration tutélaire jusqu'à ce qu'un nouveau tuteur ait été nommé : c'est là une conséquence nécessaire de l'engagement que leur auteur a tacitement contracté, en entrant en charge, de conserver provisoirement la gestion, s'il arrive qu'une circonstance imprévue le mette dans l'impossibilité de remplir son mandat : l'obligation grève la succession ; les héritiers doivent par conséquent s'y soumettre. On peut même dire que, loin de s'éteindre, elle prend naissance par le décès du testateur : telles sont, au surplus, les règles du mandat et de la gestion d'affaires. (*Voy.* art. 1372, 1374, 1991 et 2010.)

Du principe que l'obligation grève la succession, il résulte :

1° Que l'héritier renonçant n'en est pas tenu (785) (1) ;

2° Qu'elle passe à tout héritier, sans distinction de sexe (*voy.* article 419).—En ce qui concerne les femmes, on peut dire, sans doute, qu'en principe, la loi ne les appelle pas à la tutelle ; mais les termes de l'article 419 sont généraux et absolus : « La tutelle, porte cet article, » est une charge personnelle qui ne passe point aux héritiers du tuteur. » Ceux-ci seront seulement responsables de la gestion de leur auteur, » et, s'ils *sont majeurs*, ils seront tenus de la continuer jusqu'à la » nomination d'un nouveau tuteur. » — Il ne s'agit donc point de la continuation d'une tutelle proprement dite, mais d'une gestion provisoire (2). Nous reviendrons tout à l'heure sur ce point.

(1) Demolombe, n° 9; Zach., p. 240; Dur., n° 612.
(2) Demolombe, n° 12; — Pau, 5 mars 1818.

Observons, surtout, que l'obligation d'administrer n'est imposée qu'aux héritiers *majeurs;* les héritiers mineurs en sont par conséquent dispensés.

Il faut également faire exception en faveur des héritiers majeurs, 1° lorsqu'ils sont incapables de s'obliger; 2° lorsqu'ils se trouvent, par une cause quelconque, notamment à raison de leur éloignement, dans l'impossibilité de donner à la gestion tous les soins qu'elle réclame; 3° s'ils ont ignoré que leur auteur fût chargé d'une tutelle.

Nous irons plus loin : si les héritiers démontrent que la gestion est au-dessus de leurs forces, la raison et l'équité veulent qu'ils en soient déchargés; car la loi n'entend pas exiger d'eux l'impossible: en ce cas, le tribunal, appréciateur souverain des circonstances, désignera un tiers pour administrer jusqu'à ce qu'il ait été pourvu, par le conseil de famille, à la nomination d'un nouveau tuteur.

Nous pensons même que le tribunal pourrait d'office retirer la gestion, non-seulement aux héritiers mais encore au tuteur, si l'intérêt du mineur exigeait qu'elle fût confiée à d'autres mains; par exemple, si un procès grave s'était engagé entre eux et ce dernier.

Inutile de dire que la gestion des héritiers, de même que celle du tuteur, est gratuite.

Il nous reste à déterminer l'étendue des pouvoirs du gérant intérimaire, toujours en supposant que la tutelle ait cessé *ex parte tutoris.*

La position des héritiers du tuteur nous paraît être, sous ce rapport, de tous points semblable à celle des héritiers du mandataire ou du gérant d'affaires : or, l'article 2010 porte ce qui suit : « En cas de mort du mandataire, les héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci. »— Concluons de là :

1° Que les héritiers du tuteur sont tenus, par analogie, de donner avis au subrogé tuteur de la mort de leur auteur, afin qu'il ait à provoquer, dans l'intérêt de l'enfant, telles mesures qu'il croira utiles;

2° Qu'ils doivent, en général, se borner à faire des actes conservatoires; par exemple, renouveler des inscriptions, interrompre des prescriptions, faire des réparations d'entretien, etc.

Cependant, nous ne verrions pas de raison pour leur refuser la faculté de passer des baux ou de donner quittance d'un capital mobilier, si l'urgence l'exigeait : tout revient, en définitive, à la question suivante : l'acte a-t-il été originairement utile? il s'agit d'une question de fait; les tribunaux doivent la résoudre eu égard aux circonstances.

Dans le doute, les tiers qui se proposeront de traiter avec les héritiers du tuteur, agiront prudemment en exigeant une autorisation de justice; d'autant plus que les articles 112, 1557, 1558 C. C., et 554 Pr., prescrivent cette mesure dans des situations analogues.

S'il s'agissait de pourvoir aux soins que réclame la personne du mineur, il faudrait nécessairement en référer au conseil de famille.

Voyons maintenant quel est le caractère juridique de la gestion inté-

rimaire, toujours en supposant le cas d'extinction de la tutelle *ex parte tutoris.*

Deux hypothèses peuvent se présenter :

1° *Le tuteur est décédé :* Suivant notre ancienne jurisprudence, la tutelle était censée durer tant que le compte n'avait pas été rendu et apuré; — or, on ne trouve, dans les lois nouvelles, aucune disposition qui abroge cette règle; est-ce à dire, cependant, qu'elle soit maintenue? que les héritiers du tuteur soient tenus, dans les termes des art. 455 et 456, de l'intérêt capitalisé des sommes dont ils n'ont pas fait emploi, et que leurs biens soient grevés d'hypothèque légale tant que le compte n'a pas été rendu et apuré?

Point de difficultés quant aux intérêts : puisque les héritiers continuent la gestion, il convient d'admettre toutes les conséquences du principe. Les art. 907, 472 et 2045 C. civ. nous paraissent conçus dans cet esprit (1).

Mais que doit-on décider quant à l'hypothèque? Nous pensons qu'il serait trop rigoureux de soumettre à cette charge les biens des héritiers appelés à l'administration intérimaire, surtout quant aux actes qui ne se rattachent par aucune connexité à ceux que leur auteur a faits. Sans doute, il est dangereux de priver le mineur de cette garantie au moment où il a le plus besoin de protection; on peut même argumenter des articles 395 et 396, qui déclarent soumis à l'hypothèque légale les biens du nouveau mari de la mère tutrice, lors même qu'elle a perdu la tutelle : mais on peut répondre, d'une part, que l'administration des héritiers n'est que provisoire, qu'elle n'aura même qu'une courte durée; d'autre part, que l'hypothèque légale, ce droit exorbitant, ne frappe, aux termes de l'article 2121, que les biens du tuteur : or, les héritiers n'ont pas cette qualité; ils remplissent une sorte de mandat, c'est l'art. 419 qui le déclare; par conséquent, le mineur ne peut avoir contre eux qu'une simple action personnelle, et seulement dans les cas prévus par l'article 1992.—Ces mots des art. 2122 et 2123 C. C., ... *appartiennent au débiteur*, ne peuvent s'entendre que du débiteur lui-même.—Telle était, au surplus, la règle de l'ancien droit (2) : « *Générale hypothèque de tous biens*, disait Loysel, *comprend les présents et à venir, et non ceux des hoirs.* » —C'est bien assez de mettre à leur charge, conformément aux règles des articles 455 et 456, les intérêts capitalisés des capitaux non placés.

2° *Le tuteur s'est fait excuser ou il a été destitué :* Les intérêts courent naturellement contre lui pendant l'*intérim ;* car il ne saurait être moins étroitement lié que ses héritiers.—Quant à l'hypothèque, elle grève ses biens sans distinction, non-seulement pour les actes qui ont une connexité nécessaire avec ceux qu'il a faits comme tuteur, mais encore pour ceux qui sont complétement en dehors de ces derniers actes; car c'est toujours la même tutelle qui continue : à certains égards, l'ex-tuteur est toujours tuteur.

(1) Cass., 28 novembre 1842, Dev. 1843, 1, 323.

(2) Pothier, Succ., chap. 3, art. 4; Introd. à la coutume d'Orléans, t. 20, sect. Ire, n° 20; Dur., n° 461; Demolombe, nos 30 et 33.

Nous ne pouvons, néanmoins, passer sous silence l'opinion de M. Duranton sur cette grave question : examinant le point de savoir si l'hypothèque frappe seulement les immeubles qui sont advenus au tuteur depuis qu'il a perdu cette qualité, il se prononce pour l'affirmative ; mais il exige une inscription, condition dont la loi dispense, comme on le sait, l'hypothèque légale du mineur sur les biens de son tuteur (2135). — Cette distinction ne s'appuie sur aucun texte : « Il n'y a pas deux phases, répond Demolombe, n° 32, dans l'existence de l'hypothèque légale, qui subirait ainsi, à une époque donnée, une sorte de mutilation ou de transformation ; l'hypothèque légale est une ; elle est toujours la même, toujours donc indépendante de l'inscription ; elle existe toujours, telle enfin que la loi elle-même l'a faite, ou elle n'existe pas du tout (1). »

Tels sont, selon nous, l'étendue et le caractère de la gestion intérimaire, lorsque la tutelle finit *ex parte tutoris*.

Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse où la tutelle finit *ex parte minoris*.

La loi n'entend protéger exceptionnellement que les incapables : la règle générale reprend son empire dès que les parties sont en état de veiller elles-mêmes à leurs intérêts. Assurément, le tuteur doit administrer jusqu'à l'époque de l'apurement du compte; c'est là une obligation que lui impose l'article 419; mais alors, il agit comme simple gérant d'affaires (1375) ; cette administration n'a point le caractère d'une tutelle : il n'y a plus de mineur, plus de subrogé tuteur, plus de conseil de famille ; tous les rouages de l'administration tutélaire ont disparu.

Concluons de là :

1° Que les sommes dont l'ex-tuteur est détenteur ne produisent intérêts qu'à partir soit de la demande formée contre lui (1153), soit de l'époque où il a employé les deniers à ses affaires personnelles (1996) : les intérêts ne peuvent courir de plein droit, puisque le compte n'est pas rendu (474 C. civ.); d'un autre côté, on ne peut appliquer les articles 455 et 456, puisqu'il n'y a plus de tutelle.—Au reste, l'inconvénient n'est pas grand ; car il arrive bien rarement que l'ex-tuteur ait occasion de faire des placements de capitaux dans le court intervalle qui s'écoule ordinairement entre la cessation de la tutelle et la reddition du compte.

Quelques personnes prétendent cependant que l'ex-tuteur est soumis aux articles 455 et 456 : elles argumentent notamment des articles 472 et 907, lesquels semblent en effet consacrer, en principe, que la tutelle continue jusqu'à la reddition du compte ; mais nous verrons que ces dispositions, dictées par des motifs de morale et d'ordre public, sont purement exceptionnelles.

Demolombe rejette également cette conséquence : Il est vrai, dit-il, que l'article 474 ne serait point alors applicable; mais c'est en vertu d'un

(1) Cass., 17 juillet 1844, Dev., 1844, 2, 641; Lyon, 25 novembre 1850, Dev., 1851, 2, 87.

autre principe que l'ancien tuteur serait comptable des intérêts : l'ancien tuteur, en effet, conservant l'administration des biens de l'ex-mineur ou de ses héritiers, serait à ce titre responsable envers eux des fautes qu'il pourrait commettre; en conséquence, il est responsable des intérêts des capitaux, s'il a négligé d'en opérer le placement (1991) (1). — Nous ne voyons réellement pas à quel titre le mineur devenu majeur, ou ses héritiers, prétendraient jouir, contrairement aux principes généraux, des avantages que la loi n'accorde qu'aux mineurs : si des dommages-intérêts leur sont dus, ils peuvent en réclamer, la voie des tribunaux leur est ouverte ; mais certes on ne peut admettre que les intérêts courent de plein droit à leur profit.

Que déciderons-nous relativement à l'hypothèque légale (1117)? Cette hypothèque doit s'étendre aux faits postérieurs à la cessation de la tutelle survenue *ex parte pupilli*, lorsqu'ils sont une suite de la gestion tutélaire, lorsqu'ils s'y rattachent par une connexité nécessaire : si l'on objecte que, dès le moment où la tutelle cesse, toutes ses conséquences legales doivent disparaître (2), nous répondrons que cette garantie est accordée pour sûreté de la gestion tutélaire (2135-2194), et qu'en principe, toute gestion, en général, comprend les actes qui s'y rattachent, même ceux qui sont postérieurs à l'époque où elle a cessé. Le mot gestion est employé en ce sens dans les articles 2121 et 2135. — Quant aux faits nouveaux, complétement indépendants de la gestion antérieure, ils ne peuvent donner lieu qu'à une action personnelle : on ne voit pas de raison pour étendre à ces actes la garantie exorbitante de l'hypothèque légale; ils sont censés faits en vertu d'une gestion d'affaires.

Quels sont les actes qui doivent être considérés comme une suite nécessaire de la gestion antérieure, comme se rattachant intimement à cette gestion? C'est là une question de fait livrée à l'appréciation des tribunaux.

Passons aux comptes de tutelle.

SECTION IX.

DES COMPTES DE TUTELLE (3).

On entend par *compte*, en général, l'état détaillé des actes d'un comptable.

L'obligation de rendre compte est une conséquence nécessaire de toute gestion (1993); mais le législateur a cru devoir s'exprimer formellement à cet égard, en ce qui concerne la tutelle, sans doute parce que

(1) Magnin, des Minorités, t. 1er, no 688; Demolombe, no 25; — Nancy, 19 mars 1830, D., 1830, 2, 188.

(2) Grenoble, 16 janvier 1852, D., 1852, 2, 70, Dev. Pal.

(3) On nomme *rendant*, celui qui rend le compte, et *oyant*, celui à qui le compte est rendu.

cette charge est considérée, sous certains rapports, comme de droit public.

Par suite, on décide :

1° Qu'il faut réputer non écrite (900 C. civ.) la dispense de rendre compte, qu'elle ait été accordée au tuteur par le mineur devenu majeur (1), ou par l'auteur d'une libéralité (2);

2° Que toute action judiciaire qui aboutirait finalement à ce résultat serait susceptible de cassation (3).

Tout compte doit être précédé d'un préambule (ou exposé préliminaire) indiquant les faits principaux de l'administration; notamment, la position respective des parties à l'époque où cette administration a commencé.

Le compte doit être divisé en deux chapitres : l'un pour les recettes, l'autre pour les dépenses. — Le montant de toutes les sommes reçues ou payées pour l'oyant doit être indiqué article par article, date par date. — Inutile de dire que ce détail a pour but de faciliter l'examen du compte.

Le rendant est comptable de tout ce qu'il a reçu pour le mineur, même des sommes qui ont été payées sans être légitimement dues (4) (arg. de l'art. 1993) ; même des profits illicites qu'il a faits au nom de son pupille : par exemple, des intérêts usuraires provenant de deniers restés entre ses mains (5) (Troplong sur l'art. 1993).

Réciproquement, on doit lui passer toutes ses dépenses, si elles sont utiles et bien justifiées, encore qu'elles excèdent les revenus, et que le conseil de famille ne les ait pas autorisées; il s'agit d'un point de fait (6) : le tuteur doit sans doute à l'administration des biens les soins d'un bon père de famille, mais il doit être rendu complétement indemne (7).

Pour apprécier l'utilité des dépenses, il faut naturellement se référer à l'époque où elles ont été faites (1306) (8).

Si le tuteur avait détourné ou dissipé des valeurs appartenant à son pupille, il serait, comme mandataire infidèle, passible des peines prononcées par l'article 408 C. pén. (9).

Pour savoir à qui le compte doit être rendu, il faut se rappeler que la tutelle peut finir soit *ex parte tutoris*, soit *ex parte pupilli*. (Voy. *suprà*, p. 456.)

Au premier cas, le compte est reçu par le nouveau tuteur, en présence du subrogé tuteur.

(1) Dur., n° 639; — Cass., 25 juin 1839, Pal., 1839, 2, 294; Dev., 1839, 1, 688; Dal., 1839, 1, 293.

(2) Merlin, Rép., v° Dol, § 2; — Toulouse, 5 février 1822, Dev. Pal.

(3) Cass., 14 janvier 1835, Dev., 1835, 1, 479; Dal., 1835, 1, 88.

(4) Cass., 8 mars 1843, Dev., 1843, 1, 507; Pal., 1843, 1, 661; Dal., 1845, 1, 187.

(5) Cass., 19 janvier 1841, D., 1841, 1, 77; — Cass., 8 mars 1843, Dev., 1843, 1, 507; Pal., 1843, 1, 454.

(6) Demolombe, n°s 109 et suiv.; Dur., n° 628; — Paris, 19 avril 1823, Dev. Pal.

(7) Pothier, Des personnes, 1re partie, t. 6, art. 6; Dur., n°s 629 et suiv.; Toullier, n° 1261.

(8) Cass., 28 novembre 1842, Pal., 1843, 1, 454.

(9) Cass., 10 août 1850, Dev., 1850, 1, 695.

Au second cas, il est reçu, savoir : par le mineur seul lorsqu'il est devenu majeur ; — par le mineur assisté de son curateur, lorsque la tutelle finit par l'émancipation ; — par les héritiers du mineur quand elle prend fin par son décès.

Le compte rendu par le tuteur remplacé à son successeur n'est soumis à aucune forme particulière ; il s'agit d'un compte ordinaire ; tout se passe entre les tuteurs : en effet, ce n'est point au mineur que le compte est rendu ; ce n'est point à chacun des tuteurs successifs que le mineur, émancipé ou devenu majeur, demandera compte : il n'existe à son égard qu'une seule tutelle ; il ne doit connaître que le tuteur en exercice au moment où il acquiert la capacité d'agir lui-même.

Ainsi, la vérification et l'arrêté du compte pupillaire, entre tuteurs, doivent être considérés comme un acte d'administration. Les doutes cesseraient, au surplus, en présence des termes de l'article 509 : cet article porte que l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens ; or, le tuteur donné à l'interdit peut arrêter le compte de l'administrateur provisoire, sans observer les formes judiciaires (505).

Quoi qu'il en soit, le nouveau tuteur agira toujours prudemment en exigeant l'emploi des formes judiciaires, ou du moins en soumettant le compte qui lui est rendu au conseil de famille, avant de l'arrêter ; autrement il engagerait sa responsabilité (1).

Du reste, ne concluons pas de ces observations que le premier tuteur soit affranchi de tout recours direct pour le reliquat de son propre compte ; nul doute qu'il peut être poursuivi personnellement par le mineur : nous entendons seulement établir qu'en s'immisçant dans l'administration de la tutelle sans exiger un état de situation, ou sans critiquer les articles susceptibles d'être contestés, le nouveau tuteur accepte tous les faits antérieurs et se rend débiteur solidaire : tel est le seul effet de sa négligence.

Quant au subrogé tuteur, il est de son devoir d'assister à la reddition du compte ; car il doit être présent à l'inventaire ; or, les divers comptes sont autant d'inventaires particuliers (2).

Le compte définitif, celui qui doit nous occuper, est rendu à la fin de la tutelle, c'est-à-dire, lorsqu'elle cesse *ex parte minoris*, et dès lors par le dernier tuteur.

Ce compte a pour base l'inventaire qui a dû être fait lorsque la tutelle s'est ouverte ; il doit présenter le tableau fidèle de toute la gestion : si plusieurs tuteurs se sont succédé, chacun d'eux est tenu, par conséquent, d'exiger de son prédécesseur un compte particulier, à

(1) Merlin, Rép., v° Compte, § 1er, n° 2; Proudhon (451), t. 2, p. 241; Bioche, Fr., v° Reddition de compte de tutelle; Duvergier sur Toullier, n° 1250; Zach., p. 249, n° 4; Demolombe, nos 56 et 57; Proudhon, t. 2, p. 411 et 412; —Bordeaux, 1er février 1828; Bourges, 26 décembre 1827 et 15 mars 1826; Agen, 19 février 1824, Dev. Pal.: Poitiers, 25 août 1846. Dev., 1847, 2, 94; Dal., 1847, 1, 97. — Malleville sur l'article 475, et Toullier, n° 1250, t. 2, estiment que le compte ne peut être rendu qu'en justice; mais nous n'irons pas jusque-là.

(2) Merlin, Rép., v° Compte, § 1er, n° 2; Proudhon, t. 2, p. 241; Dur., n° 615; D., Tutelle, chap. 2, sect. 9, art. 5.

l'effet de constater l'état dans lequel il prend les biens ; en sorte que le compte définitif, celui que rendra le dernier tuteur, se trouvera divisé en autant de périodes qu'il y aura eu de tuteurs intérimaires (1); car chacun de ces tuteurs est devenu comptable au moment où sa gestion a fini.

Il ne suffirait donc pas au nouveau tuteur de porter dans son propre compte, comme une sorte de créance, l'action qui lui est ouverte contre son prédécesseur : c'est lui qui doit recevoir le compte, puisqu'il ne pourra, si cette opération n'a pas eu lieu, satisfaire à ses propres obligations (2).

Le compte définitif peut être rendu de deux manières : soit à l'*amiable*, soit *en justice*.

Quelques personnes prétendent, il est vrai, que, par exception, les formes judiciaires sont de rigueur en cas d'émancipation (3); car le compte renferme le germe d'une transaction, contrat qui dépasse les pouvoirs du mineur; mais cette doctrine est généralement repoussée : le mineur émancipé, assisté de son curateur, a qualité pour recevoir un compte de tutelle (480); avec cette assistance, il peut même donner décharge d'un capital mobilier (482) : or, la quittance d'un reliquat de compte n'est, en réalité, que celle d'un capital.—Il est inexact de considérer l'arrêté de compte comme une transaction, dans le sens technique du mot : la transaction suppose une contestation née ou sur le point de naître ; le compte amiable suppose un accord parfait entre les parties. On ne saurait donc tirer argument de l'article 467. —Au surplus, la doctrine que nous combattons ne s'appuie sur aucun texte (4).

Le tuteur n'aurait intérêt à rendre un compte judiciaire que pour obtenir un jugement et prendre hypothèque, s'il se trouvait en avances ; le Code ne lui accordant pas d'hypothèque légale.

Le compte à l'amiable peut être rendu en tel lieu et sous telle forme qu'il plaît aux parties d'employer, soit par acte sous seing privé, soit devant notaire.

Le compte judiciaire est soumis à un ensemble de formalités, organisées par les articles 527-542 Pr.

La demande est portée devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la tutelle (5).

(1) Dur., n° 615; Magnin, n° 711; — Rennes, 10 mai 1824 et 14 mai 1825; Bourges, 15 mars 1826 et 14 août 1829, Dev. Pal.; Cass., 14 janvier 1835, Pal.; 25 juin 1839, Pal., 1839, 2, 294.

(2) Demolombe, nos 105 et 106; Magnin, n° 711; — Bourges, 15 mai 1826; Bordeaux, 1er février 1828, Dev. Pal ; Cass., 25 juin 1859, Dev., 1859, 1, 687.

(3) Toullier n° 1250; — Agen, 19 février 1824, D., 1825, 2, 28, Dev. Pal.; Limoges, 3 avril 1838, Dev., 1838, 2, 423; Pal., 1838, 2, 569.

(4) Duvergier sur Toullier, n° 1250; Magnin, n° 758; Demolombe, n° 55; Merlin, v° Compte, § 1er, n° 2; Dur., nos 610 et 677; Zach., t. 2, § 122; Proudhon-Valette, t. 2, p. 411 ; — Cass., 23 août 1837, Pal., 1837, 2, 525; Dev., 1837, 2, 977; Limoges, 3 avril 1838, Pal., 1838, 2, 569; Rouen, 28 août 1844, Pal., 1845, 1, 55; Rennes, 24 août 1819, Dev. Pal.

(5) Toullier, n° 1247;—Bordeaux, 5 août 1827, Dev. Pal.—Toutefois, si le compte de tutelle

On doit observer nécessairement les formes judiciaires dans les cas suivants :

1° Lorsque le tuteur refuse de rendre compte;

2° Lorsque le mineur devenu majeur, ou ses héritiers, refusent de le recevoir;

3° Lorsque les parties ne s'accordent point sur les bases principales du compte.

Le tuteur avance les frais de compte (471). Ces frais lui sont ensuite remboursés par le mineur (1).

Si le compte, soit à l'amiable, soit judiciaire, donne lieu à des contestations, elles sont poursuivies et jugées comme en matière civile (art. 473). — La partie qui succombe supporte les dépens (2).

On admet, en principe, que la tutelle dure tant que le compte n'a pas été rendu; que le tuteur reste par conséquent soumis, dans l'intervalle, à l'obligation de faire emploi des deniers pupillaires, et qu'il doit l'intérêt de ces fonds, sans qu'il soit besoin d'une demande judiciaire pour les faire courir (3). — Mais, selon nous, il faut distinguer. (Voyez, *infrà*, quest. sur l'art. 474, p. 478.)

Le compte rendu et apuré, la tutelle cesse avec tous ses effets, lors même que le reliquat n'a pas encore été payé : désormais, le tuteur n'encourt plus aucune responsabilité; la position respective des parties est irrévocablement fixée (4). « Il y a ici, disait Grenier, trois choses distinctes : la reddition du compte, son apurement, le payement du reliquat : or le Code civil considère tous rapports de tutelle comme terminés, lorsque les deux premières conditions sont accomplies. Le législateur a considéré que, dès le moment où l'ex-mineur connaît l'état de ses affaires, le motif de son incapacité relative disparaît. Les termes des art. 472, 474 et 907 nous paraissent explicites. »

De ce principe il résulte :

1° Que l'arrêté de compte intervertit le titre de la possession du tuteur ou de ses héritiers, et leur permet de commencer une possession utile à l'effet de prescrire (2238).

On a prétendu que l'interversion s'opérait de plein droit, avant l'arrêté de compte, par la majorité même du pupille (Vazeille, Prescrip., n° 143); mais c'est là une erreur (5);

2° Que l'ex-tuteur peut valablement traiter avec le mineur, lorsqu'il s'est écoulé toutefois dix jours depuis la délivrance du récépissé constatant la remise des pièces justificatives du compte (472);

3° Que les incapacités dont le tuteur est frappé, pendant la durée de

ne comprend que la part d'une succession échue au mineur, l'observation des formes spéciales prescrites par les articles 530, 538 et 539 Pr., n'est pas de rigueur. — Cass., 14 janvier 1836.

(1) Cass ; 8 avril 1834, Pal.

(2) Dur., n° 627; Toullier, n° 1251; Bioche, v° Redd. de compte, n° 11; — Bourges, 28 avri 1838, Pal., 1838, 2, 550; 14 juin 1839, Pal., 1840, 1, 524.

(3) Magnin, Des minorités, t. 1er, p. 565; — Cass., 28 novembre 1842, Pal., 1843, 1, 454; — Troplong. *Voy.* arrêt de Nancy du 10 mars 1830.

(4) Bruxelles, 25 août 1810, Dev. Pal.

(5) Demolombe, n° 131; Troplong, Prescrip., art. 2236.

son administration, notamment celle de recevoir des libéralités du mineur (907), cessent (1).

Lorsque la balance du compte établit un reliquat, le mineur jouit, pour en recouvrer le montant, de certaines faveurs qui sont refusées au tuteur, dans le cas inverse où il se trouve lui-même créancier :

Ainsi, la somme à laquelle s'élève le reliquat dû par le tuteur porte intérêt sans demande, à compter de la clôture du compte (474); les droits du mineur sont garantis par une hypothèque légale (2121, 2135); le tuteur, à l'exception du survivant des père et mère, peut être condamné par corps (art. 126 Pr., loi du 17 avril 1832, art. 19), sans pouvoir se soustraire à cette condamnation par le bénéfice de cession (art. 534, 126 2°, 905 Pr.).— Le tuteur ne jouit pas des mêmes avantages pour le montant de ce qui peut lui être dû par le mineur : sa position est celle d'un créancier ordinaire, sauf cette différence (que nous avons déjà signalée) qu'une simple sommation suffit pour faire courir les intérêts à son profit (474).

Par une faveur particulière, le tuteur est à l'abri de toutes poursuites relatives aux faits de tutelle, lorsque dix années se sont écoulées *depuis la majorité* du pupille (475).

Les créances résultant du redressement du compte de tutelle obtenu par le mineur, sont garanties, comme le reliquat du compte, par l'hypothèque légale qui lui est accordée sur les biens de son tuteur. — Le droit hypothécaire a la même durée que l'action (2).

En déterminant les effets de la reddition de compte, nous avons supposé que ce compte a été complet et régulier, c'est-à-dire, qu'il a embrassé toutes les parties de la gestion : il n'aurait pas ce caractère, si le tuteur avait omis d'y comprendre l'administration d'un autre tuteur, son prédécesseur (3).

Quand, par qui et dans quelle forme doit être rendu le compte de tutelle.

469 — Tout tuteur est comptable de sa gestion lorsqu'elle finit.

= L'obligation de rendre compte est imposée indistinctement à *tout tuteur* dont la gestion cesse par une cause quelconque, même aux père et mère : non-seulement au tuteur de droit, mais encore à ceux qui n'ont géré que provisoirement les biens du pupille ; par exemple, *à la mère* qui n'a pas accepté la tutelle, ou qui l'a perdue par suite de son convol (395 et 396), pour l'administration qu'elle a conservée jusqu'à l'entrée en fonctions du tuteur (394 Cod. civ.) ; — au *curateur au ventre* qui a géré les biens pendant la grossesse de la femme devenue veuve (393) ; — *aux héritiers* du tuteur, pour les actes de gestion qu'ils ont faits

(1) Cass., 25 juin 1859, Pal., 1859, 2, 294.
(2) Cass., 21 février 1858, Pal., 1858, 1, 259; Orléans, 12 janvier 1859, Pal., 1859, 1, 247.
(3) Cass., 25 août 1859, Pal., 1859, 2, 294.

depuis le décès jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur (419); — *au tuteur* dont les excuses, après avoir été rejetées par le conseil de famille, ont été admises par le tribunal, et qui s'est trouvé, pendant l'intervalle, chargé de l'administration (440);—*à fortiori*, au tuteur destitué, qui s'est pourvu contre la décision du conseil de famille.

—La personne qui fait au mineur une donation ou un legs peut-elle dispenser le tuteur de rendre compte? ∿ Pour l'affirmative, on dit que chacun doit être libre de subordonner l'effet de la libéralité qu'il exerce, à telle condition qu'il juge convenable, et qu'on ne peut refuser à celui qui aurait pu donner ou léguer tous ses biens en pleine propriété, la faculté de dispenser le tuteur de l'obligation de rendre compte. ∿ Valette sur Proudhon, p. 407, admet la distinction suivante : si le mineur est héritier réservataire du disposant, la dispense est comme non avenue; dans le cas contraire, elle a pour effet d'affranchir le tuteur de la responsabilité résultant des simples fautes par lui commises : mais il reste toujours tenu des dommages-intérêts à raison de son dol. ∿ Nous pensons que la dispense de rendre compte doit être privée d'effet, comme contraire à la loi et à l'essence de toute tutelle; car cette charge suppose nécessairement un administrateur comptable. — Sans doute le disposant aurait pu donner ses biens au tuteur; mais enfin il a donné au mineur : or, il n'a pu exercer une libéralité envers ce dernier que sous la condition tacite de reddition de compte; autrement, il dépendrait du tuteur de rendre la libéralité illusoire, en détruisant ou en dissipant les biens qui en seraient l'objet : — une semblable clause affaiblirait le sentiment du devoir, en restreignant le principe de la responsabilité.—Ces observations acquièrent surtout de l'autorité, lorsqu'il s'agit de biens indisponibles (913) (1).

La dispense de rendre compte serait privée d'effet, lors même qu'elle aurait été insérée dans un contrat de mariage comme condition d'une constitution de dot : par exemple, un mineur au profit duquel on exercerait en pareil cas une libéralité, ne pourrait valablement renoncer à la faculté d'exiger son compte de tutelle; le tout, constaté par un récépissé antérieur de dix jours au traité (472) (2). — On n'admettrait même pas le tuteur à se prévaloir d'une quittance libératoire qu'il aurait reçue du mineur (3).

Quel serait l'effet du legs fait par le tuteur à son pupille sous la condition qu'il n'y aura pas de compte? spécialement, *quid*, en cas de tutelle testamentaire, si le dernier mourant des père et mère avait dit : Je nomme Pierre tuteur de mon enfant; je le dispense de rendre compte, et, si l'on contrevient à ma volonté, je lui donne toute la portion dont je puis disposer? ∿ Le legs serait censé fait en compensation du reliquat du compte : le conseil de famille devrait se déterminer par le plus grand intérêt de l'enfant; c'est à lui qu'il appartiendrait d'apprécier s'il convient d'accepter ou de répudier le legs.—Il est bien entendu que le tuteur sera toujours responsable, s'il a commis quelque malversation : aucune clause ne pourrait le dégager en ce cas. (L. 5, ff. de adm. et per. tut., § 7; D., Tutelle, chap. 2, sect. 9, art. 3; Fréminville, n° 1096.)

Le disposant peut-il donner ou léguer au tuteur le reliquat de son compte? ∿ L'affirmative nous semble évidente : cette clause, loin de pouvoir être considérée comme une dispense, présuppose au contraire une reddition de compte, puisqu'on ne pourra, sans cela, connaître le montant du reliquat.—La loi romaine

(1) Demolombe, n° 79; Chardon, Puiss. tut., n° 503; Fréminville, n° 1095.
(2) Merlin, Rép., v° Dot, § 2; — Toulouse, 5 février 1822, Dev. Pal.
(3) Colmar, 3 juillet 1812, Dev. Pal.

était formelle à cet égard. (L. 5, § 7, ff. de adm. et per. tut.) — On peut même soutenir que la dispense de rendre compte emporte par elle seule le legs du reliquat ; que le testateur est censé avoir voulu disposer dans cette mesure. — Du reste, nous le répétons, le tuteur serait toujours responsable de son dol ; le don du reliquat n'est pas un titre à l'impunité (1).

470 — Tout tuteur, autre que le père et la mère, peut être tenu, même durant la tutelle, de remettre au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion, aux époques que le conseil de famille aurait jugé à propos de fixer, sans néanmoins que le tuteur puisse être astreint à en fournir plus d'un chaque année.

Ces états de situation seront rédigés et remis, sans frais, sur papier non timbré, et sans aucune formalité de justice.

= Pendant le cours de sa gestion, le tuteur, autre que le père et la mère, peut être tenu de remettre au subrogé tuteur, à des époques fixes, des états de situation. Ces états ont le même but que les comptes en abrégé d'autrefois : à savoir, de mettre le subrogé tuteur à même d'exercer une surveillance plus active et plus efficace.

Ils sont rédigés sur papier libre, sans aucune formalité de justice, afin d'épargner les frais.

Le tuteur n'est tenu d'en fournir qu'autant que le conseil de famille l'a ordonné (Toullier, n° 1244). — Afin que cette mesure de surveillance ne puisse dégénérer et devenir vexatoire, la loi décide qu'on ne peut exiger de lui qu'un seul compte par chaque année.

Indépendamment de ces états annuels, il n'est pas douteux que le conseil de famille aurait le droit d'exiger du tuteur, à l'occasion d'une affaire particulière, des renseignements sur la situation de fortune du mineur (arg. de l'art. 457)

Nonobstant l'exception établie en faveur des père et mère, nous pensons que le conseil de famille pourrait leur imposer l'obligation de produire des états isolés, surtout si l'on était fondé à soupçonner quelques malversations ou quelques fautes graves : puisque le conseil de famille peut enlever la tutelle aux père et mère, il doit avoir, *a fortiori*, la faculté de prendre des mesures de surveillance. (Demolombe, nos 623 et 624, t. 7; n° 44, t. 8.)

Frais de compte ; dans quelle forme il doit être présenté.

471 — Le compte définitif de tutelle sera rendu aux dépens du mineur, lorsqu'il aura atteint sa majorité ou obtenu son émancipation (2). Le tuteur en avancera les frais.

(1) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 407; Demolombe, nos 40 et 41.

(2) Mauvaise rédaction : on pourrait, *à contrario*, conclure de là que, dans tous les autres

On y allouera au tuteur toutes dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile.

= Le compte *définitif* (celui auquel donne lieu l'extinction de la tutelle *ex parte minoris*) peut être rendu, soit à l'*amiable*, soit en *justice*.

Le compte amiable n'est assujetti à aucune formalité spéciale; seulement, il a cela de commun avec le compte judiciaire, qu'il doit être détaillé et accompagné de pièces justificatives. — Nous reviendrons sur cette condition (*v.* art. 472).

La forme à suivre pour le compte judiciaire est réglée par le Code de procédure (art. 527-542); il faut nécessairement y recourir, lorsque les parties ne peuvent s'entendre.

Puisque le compte est une suite de la tutelle, il va de soi que le tribunal compétent pour en connaître, est celui du lieu où la tutelle s'est ouverte.

Les frais qu'il entraîne sont supportés par le pupille; mais, comme il n'est pas encore en possession de ses biens, la loi impose au tuteur l'obligation d'en faire l'avance.

En décidant que les frais de compte sont supportés par le mineur, la loi entend uniquement parler de ceux que nécessite la reddition du compte, et qui sont connus sous le nom de *dépenses communes;* dénomination qui leur est donnée, parce qu'ils ont pour but de satisfaire l'*oyant* et de décharger le *rendant;* parce qu'ils sont faits dans l'intérêt de l'un et de l'autre. — Il résulte des termes de l'art. 532 Pr. qu'on ne peut employer comme dépenses communes que les frais de voyage, s'il y a lieu; les vacations de l'avoué qui a mis en ordre les pièces du compte; les grosses et copies; les frais de présentation et d'affirmation.

Certes, on n'allouerait pas les frais que le mineur aurait été obligé de faire pour contraindre le tuteur à rendre compte : c'est ce dernier qui les supporterait.—Quant aux débats judiciaires que le compte a soulevés, les frais qu'ils ont entraînés sont supportés, comme en toute autre matière, par la partie qui a succombé (1) (arg. des art. 473 C. civ., 130 Pr.).

Quid si la tutelle finit *ex parte tutoris?* La loi garde sur ce point un silence absolu : mettre dans tous les cas ces frais à la charge du tuteur, ce serait méconnaître les règles générales de la tutelle : une décision aussi absolue serait souvent contraire à l'équité; par exemple, si c'est une infirmité qui met le tuteur hors d'état de continuer la gestion. — D'un autre côté, déclarer que le mineur supportera ces frais dans tous les cas, ce serait encore méconnaître l'esprit de la loi : le mineur ne doit pas être victime des fautes que peut avoir commises le tuteur.—Que faut-il décider? Nous pensons que les frais sont à la charge de ce dernier, lorsque la reddition de compte a été occasionnée par son incapacité ou par son inconduite; et que, dans tous autres cas, c'est le mineur

cas où la tutelle finit *ex parte minoris*, par exemple, en cas de décès, le compte est rendu aux dépens du tuteur; ce qui n'est pas.

(1) Dur., n° 627; Toullier, n° 1251; Bioche et Goujet, Pr., v° Redd. de compte, n° 11; — Bourges, 28 avril 1838, Pal., 1838, 2, 550; 14 juin 1839, Pal., 1840, 1, 324.

qui doit les supporter (arg. de l'art. 1382; Delv., p. 129, n° 2; Demolombe, n° 103).

Le compte définitif doit présenter le tableau fidèle de la position de fortune du mineur.

Le tuteur doit indiquer, dans le chapitre des recettes, tout ce qu'il a reçu au nom du mineur, sans exception; les recouvrements à faire, et même le montant des dommages-intérêts dont il est tenu, soit pour avoir laissé dégrader les biens, soit pour avoir manqué de surveillance, soit pour d'autres fautes qu'il aurait commises.

Il doit compte, non-seulement des capitaux, mais encore des intérêts à partir du jour où le recouvrement aurait dû s'effectuer (1).

Quant aux dépenses, la loi accorde au tuteur toutes celles qu'il a faites; mais sous deux conditions: la première, qu'elles seront *suffisamment justifiées ;* — la seconde, qu'elles *auront été utiles.*

La justification des payements doit, autant que possible, résulter d'une quittance; mais cette condition n'est pas essentielle, puisque la loi ne l'exige pas. Il est une foule de menues dépenses dont on ne peut tirer de reçus, et qui, cependant, doivent être passées : telles que celles qui ont eu pour cause l'entretien et la nourriture : en pareille matière, l'usage et l'équité sont les seuls guides qu'il convient de suivre Si l'on consulte les travaux préparatoires, on voit que la commission avait proposé de n'accorder au tuteur que les dépenses justifiées par écrit, et que cette proposition a été rejetée (Locré, t. 5, p. 257) (2).

L'*utilité* se considère eu égard à la situation de la personne, aux circonstances, au temps et aux lieux. — Pour l'apprécier, il faut se reporter au moment où les dépenses ont été faites : par exemple, si une maison qui avait nécessité des réparations considérables a été consumée dans un incendie, ou renversée par un ouragan, les frais de réparations ne seront pas moins alloués (Dur., n° 630; Toullier, n° 1261.)

Peu importerait que les dépenses excédassent les revenus du pupille et qu'elles n'eussent pas été autorisées par le conseil de famille : si le mineur en a profité, elles doivent être passées en compte. Nos lois modernes n'ont point admis la règle du droit coutumier, qui défendait au tuteur de faire aucune dépense au delà des revenus du mineur (3). — En général, il est vrai, le tuteur ne peut excéder le budget déterminé; mais il faut excepter le cas où un événement de force majeure ne lui aurait pas permis de faire convoquer le conseil de famille assez promptement pour autoriser la dépense. Les tribunaux ont, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (4).

472 — Tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le

(1) Cass., 28 novembre 1842, Pal., 1843, 1, 434.

(2) Malleville et Locré sur l'article 471; Zach, p. 249; Dur., t. 3, n° 629; Magnin, n° 527; — Cass., 8 avril 1834, D., 1835, 1, 235.

(3) Duranton, n° 628; Magnin, n° 679; Chardon, p. 361; — Paris, 19 avril 1823, Dev. Pal.

(4) Dur., n° 629; Proudhon, p. 413; Magnin, n° 679; Toullier, n° 1209; — Rennes, 20 juin 1818 et 21 mai 1819. *Voy.* cep. Paris, 12 ventôse an XI, Dev. Pal.

mineur devenu majeur, sera nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé, et de la remise des pièces justificatives ; le tout constaté par un récépissé de l'oyant compte, dix jours au moins avant le traité.

=Deux considérations principales ont dicté les mesures prescrites par cette disposition :

1° Le danger des surprises, auxquelles le mineur serait en butte, de la part de son tuteur, s'il n'avait pas, au moment du traité, une connaissance parfaite de l'état de ses affaires;

2° La crainte que le tuteur n'abusât d'un reste d'influence sur un jeune homme retenu encore, dans les premiers temps de sa majorité, par un sentiment de déférence pour celui qui a pris soin de son enfance; sans expérience, souvent aveuglé par la passion, pressé de jouir librement de sa fortune, et facile à égarer au moment où il devient arbitre de ses actes.

Afin de procurer au rendant la facilité de s'éclairer, la loi exige que le compte soit *détaillé* et accompagné de *pièces justificatives*. — Mais observons, d'une part, que l'insuffisance des détails n'est pas une cause de nullité; sauf à l'oyant, la faculté de débattre la balance et de demander le rétablissement des omissions ou la rectification des inexactitudes (1). — Quant à la remise des pièces justificatives, *voyez* nos observations sur l'article précédent.

Lorsque le survivant des père et mère a été investi de la tutelle, on divise le compte en deux époques : la première a pour limite le jour où le mineur est parvenu à sa dix-huitième année : pour cette période, le tuteur ne doit compte que du capital; — la deuxième embrasse le temps qui s'est écoulé depuis l'extinction de la jouissance légale jusqu'au terme de la tutelle : pour cette période, le tuteur doit compte même des fruits et revenus (384).

La reddition de compte et la remise des pièces justificatives doivent être constatées par un récépissé de l'oyant; mais la loi n'exige pas que toutes ces pièces y soient énumérées (2).

Tout traité passé entre le mineur et le tuteur, dans les dix jours qui suivent la remise du récépissé, est nul (3) : il est prudent, comme on le voit, de faire enregistrer cet acte, afin de prévenir les difficultés qui pourraient s'élever sur la sincérité de la date; mais ce n'est là qu'une mesure de prudence : la loi n'exige pas que le récépissé ait acquis date certaine; il fait foi par lui-même de sa date entre l'ex-tuteur et l'ex-mineur, suivant cette règle générale, proclamée par l'article 1322, que les actes sous seing privé ont entre ceux qui les ont souscrits, leurs héritiers et ayants cause, la même force que l'acte authentique ; — sous

(1) Toullier, n° 1266; — Cass., 14 janvier 1835 et 8 décembre 1836, Pal.; 23 août 1837, Pal., 1837, 2, 525; Paris, 4 juillet 1835, Pal.

(2) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 415; Duvergier sur Toullier; Demolombe, n° 59.

(3) Aix, 10 août 1809, Dev. Pal.

la réserve pour le mineur de prouver l'antidate, la fraude ou la collusion. (Demolombe. n° 60.)

Bien plus, on décide, toujours par suite du même principe, que la remise des pièces pourrait valablement résulter des termes du traité; en d'autres termes, que le vœu de la loi est rempli par cela seul que l'oyant reconnaît, dans le traité, que dix jours se sont écoulés depuis qu'on lui a fait cette remise : ainsi, le délai ne court pas de la date du récépissé, mais du jour de la remise constatée des pièces : en pareille matière, la loi n'a pas cru devoir prémunir le mineur devenu majeur, contre le danger des antidates. — Nous irons plus loin; l'aveu de l'ex-mineur fait foi; le serment peut lui être déféré (1358). Quant à la preuve testimoniale, elle n'est admissible qu'autant quelle s'appuie sur un commencement de preuve par écrit : les articles 472 et 1341 sont formels (Toullier, t. 10, n° 58) (1). — On s'accorde à considérer comme insuffisante, la déclaration du notaire constatant la remise : il est de principe, en effet, que l'acte public ne peut être ni détruit ni modifié par le fait du notaire qui l'a reçu; d'ailleurs, la loi exige un récépissé.

Ces observations prouvent que les mesures prescrites n'atteignent qu'imparfaitement le but que le législateur s'est proposé. Il eût mieux valu, assurément, prescrire le dépôt du compte et des pièces à l'appui entre les mains d'un notaire, ou au greffe du tribunal; ce moyen eût été beaucoup plus efficace.

Déterminons d'une manière plus précise le sens que reçoit dans notre article le mot *traité*.—Ce mot, dit Valette sur Proudhon, p. 415, embrasse tous les cas où l'acte, quel que soit son objet, emporte directement ou indirectement dispense de rendre ultérieurement compte de la gestion de tutelle, en tout ou en partie. — L'acte qui ne doit pas avoir ce résultat est donc valable (2).

On aperçoit déjà que cette expression du texte : *tout traité*, est trop générale.

Point de difficultés quant aux actes à titre gratuit : la prohibition est absolue; le texte de l'art. 907 est formel : « Le mineur, quoique parvenu » à l'âge de 16 ans, porte cet article, ne pourra, même par testament, » disposer au profit de son tuteur.—Le mineur devenu majeur ne pourra » disposer, soit par donation entre vifs, soit par testament, au profit de » celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été » préalablement apuré. — Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, » les ascendants des mineurs qui sont ou qui ont été leurs tuteurs. »

Mais, relativement aux actes à titre onéreux, il importe de bien se

(1) Demolombe, n° 61; D., Tutelle, chap. 2, sect. 9, art. 3; — Paris, 3 janvier 1812, Dev. Pal.; Toulouse, 27 décembre 1841, Dev., 1842, 2, 124; Dal., 1842, 2, 28; Pal., 1842, 1, 448; 6 février 1835, Pal.

(2) Dur., n° 638; Zach., t. 1er, p. 237; Rolland, v° Compte de tutelle, n° 106; Duvergier sur Toullier, n° 1249; — Cass., 14 décembre 1818, 22 mai 1822, 16 mai 1831; Paris, 5 janvier 1820; Nîmes, 2 juin 1830, Dev. Pal.; Cass., 1er juin 1847, 1, 207; 10 avril 1849, Dal., 1849, 1, 105; 5 juin 1850, Dal., 1850, 1, 186. — Merlin, Quest., v° Tuteur, § 3, considère, mais à tort, la prohibition comme absolue.

pénétrer de l'esprit de la loi. — Et d'abord, tout le monde reconnaît que le traité passé entre le tuteur et le mineur devenu majeur est valable dans les deux cas suivants :

1° Lorsque le traité a pour objet des choses qui n'entrent pas, ou qui ne sont jamais entrées dans le compte de tutelle : par exemple, si les parties transigent sur les contestations qui se sont élevées à l'occasion du partage de la succession d'un de leurs parents mort depuis que le mineur est parvenu à sa majorité (1); ou si le mineur et son ex-tuteur s'associent pour une opération ;

2° Lorsque le traité intervient sur des difficultés qui s'élèvent à l'occasion du compte, mais après la remise des pièces justificatives. — En prescrivant un intervalle de dix jours, le législateur a voulu mettre le mineur à l'abri des surprises ; mais, certes, il n'est pas entré dans sa pensée de lui interdire la faculté de terminer à l'amiable, en pleine connaissance de cause, les contestations qu'il peut avoir avec son tuteur : c'eût été le priver du bénéfice du droit commun (Demolombe, n° 712).

La loi entend-elle du moins proclamer le maintien temporaire de la prohibition établie par l'art. 450, 2e alinéa, relativement à certains actes?

Les auteurs qui soutiennent l'affirmative argumentent principalement de cette expression générale et absolue du texte de l'article 472 : *tout traité* : lorsque le législateur, disent-ils, a voulu restreindre la prohibition, il s'en est formellement expliqué : ainsi, dans l'article 475, on trouve ces mots : *relativement aux faits de tutelle* (2). Il importe que le mineur connaisse l'état de ses affaires et l'étendue de ses ressources avant de s'engager envers son tuteur. — Mais on répond, avec raison, selon nous, que l'article 472, placé dans la section des comptes de tutelle, entre des articles qui règlent exclusivement cette matière, doit s'y référer nécessairement, alors que rien ne démontre que le législateur ait eu la pensée de s'en écarter. — On trouve d'ailleurs, dans l'art. 2045, un argument de texte qui nous paraît péremptoire : la loi déclare que le tuteur ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que conformément à l'article 472 : la conséquence naturelle de ce texte, c'est qu'il peut transiger sur tout autre objet.

N'oublions pas, d'ailleurs, qu'il s'agit ici d'une règle exceptionnelle : on rentre, par conséquent, dans le droit commun lorsque le traité n'emporte pas dispense de rendre compte (3); car le motif de la prohibition disparaît.

Au résumé, dès que la tutelle s'évanouit, l'article 450, 3e alinéa, cesse d'être applicable : le tuteur peut alors valablement acheter (4) les

(1) Troplong, Transaction, art. 2045, n° 44; Merlin, Quest. de droit, v° Tuteur, § 3; Demolombe, n° 74; — Cass., 16 mai 1831, Dev., 1831, 1, 201; Dat., 1831, 1, 101; 7 avril 1810, Dev. Pal.

(2) Troplong, *ibid.*; Magnin, n° 716; — Paris, 2 août 1821, Dev. Pal.; Merlin, Suppl., v° Tuteur, § 3; — Riom, 26 août 1816; Nîmes, 2 juin 1830.

(3) Dur., n° 638; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 414; Zach., t. 1er, p. 237; Chardon, n° 506 Demolombe, n° 71; — Cass., 5 juin 1850, 1, 714.

(4) Dur., n° 638; Favard, v° Tutelle, § 10, n° 3 *bis*; Chardon, Du dol et de la fraude, n° 70; Puiss. tut., p. 398.

biens du mineur, et les prendre à bail, sans autorisation préalable du conseil de famille (1).

Mais alors, demandera-t-on, dans quel cas l'article 472 recevra-t-il donc son application? Les tribunaux ont à rechercher si le traité est relatif au compte de tutelle : c'est là un point de fait livré à leur appréciation discrétionnaire (2). Ils ne doivent s'attacher ni aux mots, ni à la forme extérieure, ni au caractère apparent de la négociation; mais au résultat effectif, à la réalité du fait, au fond même des choses. « Si étrangère, dit Demolombe, n° 68, que paraisse la convention à la question de compte de tutelle, si détournée et si cachée que puisse être la dispense de rendre compte, l'article 472 sera applicable; et il devra l'être en effet, d'autant plus que ces détours et ces déguisements témoigneront, de la part du tuteur, l'intention de priver l'ex-mineur des garanties que lui assure l'article 472. » — Peut-être eût-il mieux valu, sans doute, prohiber toute convention, comme le fait le Code sarde; mais enfin, nos lois sont ainsi faites.

Nous donnerons pour exemple le cas où un père, ex-tuteur, constituerait une dot à sa fille, devenue majeure, sous la condition qu'elle ne pourra lui demander compte des fruits des biens provenant de la succession de la mère prédécédée, qu'il aurait perçus en qualité de tuteur, c'est-à-dire, depuis l'extinction de sa jouissance légale (3) : cette prétendue libéralité pourrait dissimuler un contrat à titre onéreux; — le cas où le mineur renoncerait aux droits hypothécaires que lui accorde la loi sur les biens de son tuteur et donnerait mainlevée (4); — enfin, le cas où il céderait à son père ex-tuteur tous ses droits sur les biens de sa mère (5).

Voyons maintenant quelles sont les personnes qui se trouvent atteintes par la prohibition.

Considéré sous ce point de vue, notre article donne encore lieu à quelques difficultés : sans aucun doute le traité est annulable lorsqu'il intervient entre le tuteur et le mineur; que la tutelle ait été légitime, testamentaire ou dative; que les parties aient comparu en personne ou par fondés de pouvoirs, peu importe : la règle est générale et absolue; les père et mère ne sont pas même exceptés. — Vainement argumenterait-on de l'article 907, lequel, tout en rappelant implicitement la règle de l'article 472, valide, en ce qui concerne les ascendants, les libéralités qui leur sont faites par le mineur : autre chose est la disposition qui peut avoir pour résultat de rendre vaine l'obligation de

(1) Dur., n° 638; Magnin, p. 715; — Besançon, 16 novembre 1811; Nîmes, 15 mars 1816; Paris, 5 janvier 1820; Montpellier, 20 janvier 1830; Paris, 15 décembre 1830; Cass., 7 août 1810, 14 décembre 1818, 22 mai 1822, Dev. Pal.

(2) Demolombe, n° 72; — Cass., 7 août 1810; Paris, 5 janvier 1820; Cass., 14 décembre 1818, 22 mai 1822; Nîmes, 2 juin 1830, Dev. Pal.; Dal., 1831, 1, 75; Cass., 16 mai 1831, D., 1831, 1, 75; 16 mai 1831, Dal., 1831, 1, 199, Pal.; 10 avril 1849, Dev., 1849, 1, 406.

(3) Paris 14 août 1812; Nîmes, 14 décembre 1818; Cass., 14 décembre 1818, 5 janvier 1820, Pal. Dev.; Nîmes, 2 juin 1830, Pal.; D., 1831, 2, 75; 5 janvier 1850, Dev., 1850, 1, 714.

(4) Dijon, 28 mars 1840, Dev., 1840, 2, 422.

(5) Dur., n° 637; Magnin, n° 715; Favard, Tutelle, § 10, n° 3; — Cass., 14 décembre 1818, Dev. Pal.; Nîmes, 2 juin 1830, Dev., 1831, 2, 68; Dal., 1831, 2, 75.

rendre compte; autre chose est une donation entre-vifs ou un legs. (Demolombe, nos 82 et suiv.)

Rappelons ici que, sous la dénomination de *tuteur*, la loi comprend tous ceux qui, de droit ou de fait, ont géré *pro tutore* les biens du mineur, même les tuteurs *ad hoc*, même le père, administrateur légal des biens de son enfant mineur. (*Voy.* art. 469 et p. 292.)

Quant au subrogé tuteur, il n'est soumis ni à l'article 472 ni à l'article 907 C. civ. (1).

Mais c'est une question grave que celle de savoir si l'article 472 s'applique soit à l'héritier ou autre successeur universel du tuteur, soit à son successeur à titre particulier :

D'une part, on peut dire que cette disposition est exceptionnelle; qu'il faut dès lors la restreindre dans ses termes; que l'ascendant moral de l'ex-tuteur n'est plus à craindre; enfin, que la règle prohibitive de l'article 907 ne serait point applicable aux héritiers ou autres successeurs (2). — Mais on répondrait avec raison, en ce qui touche les héritiers et les successeurs à titre universel : qu'en pareil cas le but de la loi ne serait pas atteint : le mineur, en effet, ne pourrait agir en connaissance de cause, puisque toutes les pièces se trouveraient entre les mains des représentants de son tuteur. Quant à l'argument tiré de l'article 907, on peut aisément le réfuter : cet article, observe Demolombe, n° 87, excepte de la prohibition les ascendants qui ont eu la tutelle du mineur devenu majeur; et cependant, on reconnaît qu'ils sont soumis à l'article 472.

Ce que nous disons pour les héritiers ou successeurs universels du tuteur, s'applique naturellement aux successeurs particuliers; car, ne pouvant exercer leur droit qu'après l'acquittement des dettes et charges, ils succèdent indirectement à la responsabilité de leur auteur, et à toutes les obligations qui l'accompagnent.

Il nous reste à déterminer le caractère de la nullité prononcée par l'article 472 : rappelons-nous que le législateur a voulu protéger le mineur, même lorsqu'il est affranchi de l'autorité tutélaire; que la tutelle continue, en ce qui touche les faits de gestion, tant que les pièces justificatives du compte n'ont pas été remises à l'ex-pupille, et même dans les dix jours qui suivent cette remise : enfin, que la loi présume le vice du consentement (1115, 1117, 225, 1125).

De ces considérations il résulte :

1° Que le traité intervenu n'est pas nul de plein droit, mais annulable;

2° Que la nullité est seulement relative et proposable par le mineur (1125) (3).—Nous examinerons plus tard la grave question de savoir si la la nullité fondée sur le vice du consentement, peut être invoquée par les créanciers de ceux en faveur desquels elle est établie;

(1) Grenier, Don., t. 1er, n° 308; Zach., t. 1er, p. 236; Demolombe, n° 85. *Voy.* cep. Grenoble, 26 juillet 1828, Dev. Pal.

(2) Grenier, Don., n° 308; Zach., t. 1er, p. 236.

(3) Dur., nos 636 et suiv.; Zach., p. 237; Demolombe, nos 91 et suiv.; — Cass., 7 août 1819, 22 mai 1822; Montpellier, 20 janvier 1830, D., 1830, 2, 124, Dev. Pal.; Cass., 16 mai 1831, Pal.: D., 1831, 1, 199. —*Voy.* cep. Magnin, n° 715; Merlin, Quest. supp., § 3.

3° Que l'action en nullité s'éteint par l'exécution volontaire du traité de la part de celui qui peut s'en prévaloir (1338), pourvu que cette exécution ait été précédée elle-même de la reddition d'un compte et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé antérieur de dix jours à la ratification du traité; ce qui est parfaitement conforme à la règle de l'article 1338 : en effet, suivant cet article, la ratification tacite résultant de l'exécution volontaire n'efface le vice de l'acte qu'autant qu'elle a lieu après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée; elle ne peut avoir ni plus ni moins de force que la ratification expresse : or, la ratification expresse serait entachée du même vice que le traité, si le compte n'avait pas été préalablement rendu. Aux yeux de la loi, le consentement ne peut être libre et volontaire qu'autant que cette condition est accomplie; autrement, rien ne serait plus facile que de rendre illusoires les garanties accordées au mineur : il suffirait au tuteur, pour rendre le traité inattaquable, de le faire exécuter (1);

4° Que l'annulation du traité, dans lequel le mineur aurait renoncé, soit expressément, soit tacitement, à demander son compte de tutelle, remet les choses dans l'état où elles étaient auparavant : ainsi, des restitutions ont lieu de part et d'autre, suivant les règles du droit commun.—Point de difficultés quand le contrat est synallagmatique, mais, lorsque l'acte se présente sous la forme d'une donation, il faut distinguer : s'il est soumis à des conditions ou à des charges qui lui enlèvent ce caractère, le tribunal doit l'annuler; dans le cas contraire, la donation produit son effet; mais la clause relative à la reddition de compte est réputée non écrite (900 C. civ.) (2).

On décide, par argument de l'article 1312, que le mineur doit restituer toute la somme qu'il a reçue en vertu du traité, lors même qu'il en a dissipé le montant : la règle des articles 1125 et 1305 ne peut recevoir d'application; car ce n'est point un mineur qui a traité, mais un majeur (Demolombe, n° 98).

En formant sa demande en nullité du traité, le mineur s'engage implicitement à faire les restitutions dont il est tenu, sans attendre le résultat du nouveau compte que le tuteur devra lui rendre; les parties doivent être replacées au même état que si l'acte rescindé n'avait pas été passé (3).

Quelle est la durée de l'incapacité spéciale résultant de l'article 472, en ce qui concerne le mineur devenu majeur? Elle ne peut se prolonger au delà de dix ans à partir de la majorité. Si l'action du mineur contre son tuteur, pour faits de tutelle, se prescrit par ce délai, pourquoi

(1) Toullier, t. 8, n° 506; Dur., n° 282, t. 12; Solon, Nullités, t. 2, n° 411; Zach., t. 1er, p. 237; Demolombe, n° 95; — Paris, 2 août 1821, Dev. Pal; Limoges, 8 mai 1833, Pal; Cass., 27 avril 1836, Pal. 5 juin 1850, Dev., 1850, 1, 714. *Voy.* aussi Grenoble, 15 décembre 1837, Pal, 1839, 2, 288; Dev., 1838, 2, 180; Rennes, 24 décembre 1824; Paris, 9 avril 1823, Dev. Pal.; Lyon, 31 décembre 1832, Pal.; D., 1833, 2, 88.

(2) Demolombe, n° 97; Merlin, Rép., v° Dot, § 2, n° 7; Dur., n° 639; Delv., p. 124, n° 14; — Cass., 15 juillet 1807, Dev. Pal.

(3) Merlin, Rép., v° Dot, § 2, n° 7. *Voy.* cep. Demolombe, n° 99.

voudrait-on que l'incapacité dont il s'agit se prolongeât au delà? Si le tuteur peut refuser absolument de rendre compte ; *à fortiori*, doit-il être affranchi des suites de l'inobservation des formes spéciales prescrites par la loi : le silence prolongé du mineur est une sorte de renonciation au bénéfice de l'article 472 —On objecterait donc vainement que la loi ne détermine aucun délai fatal après l'expiration duquel la règle de l'article 472 cesse d'être obligatoire : ce délai résulte implicitement des termes de l'article 475 (Demolombe, n° 89).

— La prohibition prononcée par l'article 472 s'étend-elle au mineur émancipé? ∿ D'une part, on dit : 1° que l'article 472 ne parle que du mineur devenu majeur ; — 2° que les motifs de la prohibition ne se présentent pas avec le même degré de force, lorsque c'est un mineur émancipé qui doit recevoir le compte ; puisqu'à la différence du mineur devenu majeur, il est assisté de son curateur (480). ∿ D'autre part, quelques auteurs exigent non-seulement l'assistance du curateur, mais encore l'observation des règles prescrites par les articles 467 et 484 sur la transaction : dans les circonstances que nous supposons, disent-ils, le traité intervenu avec le mineur a ce caractère. ∿ Que déciderons-nous? — La première solution ne peut être admise, car elle est contraire à l'esprit de la loi : quelle a été la pensée du législateur? il a voulu mettre le mineur à l'abri des surprises ; or, ce danger a-t-il disparu lorsque c'est un mineur émancipé qui doit recevoir le compte? — La loi, il est vrai, ne parle que du mineur devenu majeur : mais pourquoi? parce qu'elle a voulu régler le cas le plus fréquent. — Vainement nous opposera-t-on que le mineur est assisté de son curateur : en définitive, c'est le mineur qui reçoit le compte ; c'est lui qui traite directement avec son tuteur : or, s'il est facile de tromper un individu parvenu à l'âge de 21 ans, combien est-il plus facile encore de tromper un jeune homme de 18 et même de 15 ans. — Quant à l'assistance du curateur, l'expérience nous apprend qu'elle est trop souvent illusoire. — Au surplus, il ne s'agit pas ici d'une reddition de compte, mais d'un traité.

Le traité serait-il valable, si l'on avait observé les formes requises pour les transactions? ∿ Autre chose est l'arrêté de compte, ou, ce qui revient au même, le traité relatif au compte de tutelle ; autre chose est la transaction : l'arrêté de compte suppose que les parties sont d'accord, qu'elles ne s'imposent aucun sacrifice ; la transaction, au contraire, a pour but de prévenir ou de terminer un procès par des sacrifices réciproques : ces deux actes diffèrent en conséquence l'un de l'autre par leur cause et par leur objet ; dès lors ils ne doivent pas être soumis aux mêmes règles.

Concluons de ces observations qu'il y a lieu d'appliquer au mineur émancipé la règle de l'article 472, c'est-à-dire, que le traité intervenu entre le mineur émancipé et le tuteur n'est valable qu'autant qu'il a été précédé d'un récépissé, antérieur de dix jours, constatant la reddition du compte de tutelle et la remise des pièces justificatives.

En cas de mort du mineur, soit pendant la tutelle, soit après son expiration, doit-on appliquer l'article 472 à ses héritiers ou à ses successeurs universels ou à titre universel? ∿ Non évidemment : puisque le mineur n'est plus en scène, les raisons toutes personnelles qui ont motivé cet article ont disparu (1).

Ce que nous disons pour les successeurs universels s'applique, *à fortiori*, aux successeurs à titre particulier, auxquels le mineur aurait transmis son action en reddition de compte, soit à titre gratuit, par exemple à un légataire ; soit à titre

(1) Demolombe, n° 78; Zach., p. 237; — Rennes, 25 janvier 1826, D., 1827, 2, 38; Bourges, 7 avril 1830, D., 1830, 2, 138, Dev. Pal.

onéreux, par exemple à un cessionnaire.—Nous exceptons toujours, il ne faut pas l'oublier, le cas de fraude (Demolombe, nos 79 et 80).

473 — Si le compte donne lieu à des contestations, elles seront poursuivies et jugées comme les autres contestations en matière civile (1).

= Lorsque les parties ne peuvent s'accorder, le compte est rendu en justice.

La demande doit être portée devant le tribunal du lieu où la tutelle s'est ouverte (527 Pr.).

Si la tutelle était celle du survivant des père et mère, c'est donc le tribunal du lieu que le père habitait au moment de la mort de l'un des époux qui doit connaître du compte (108 et 390). Point de difficultés jusqu'ici.

Mais *quid* si la tutelle était testamentaire, si elle était déférée par la loi à un ascendant, ou si elle était dative? Selon nous, le tribunal du lieu où le conseil de famille s'est réuni pour la première fois, à l'effet de choisir un subrogé tuteur, sera seul compétent. — Nous avons admis que la tutelle s'est trouvée en quelque sorte individualisée par l'événement qui a mis fin à l'administration légale : qu'elle ait été administrée par un ascendant, par un tuteur testamentaire ou par un tuteur datif, cela importe donc fort peu; c'est toujours la même tutelle qui continue. — Nous ne pouvons que renvoyer à nos observations sur l'article 406 (*voy.* p. 338 et suiv.).

Les frais sont supportés par la partie qui succombe, conformément à la règle générale (2).

Effets de la reddition du compte de tutelle.

Le compte de tutelle a pour principal effet de fixer la position respective du tuteur et du pupille.

La loi interdit formellement toute demande en révision du compte régulièrement rendu et apuré; le mineur lui-même, nonobstant la faveur dont il jouit, ne serait point recevable à attaquer l'opération dans son ensemble, sous prétexte que certains articles auraient échappé à son examen (3). —Mais les parties sont recevables, en cas d'erreur, omission, faux ou doubles emplois, à former leur demande en rectification devant les mêmes juges (541 Pr.); car le compte renferme autant de contrats distincts qu'il s'y trouve d'articles de recettes et de dépenses.

474 — La somme à laquelle s'élèvera le reliquat (4) dû par le tuteur, portera intérêt, sans demande, à compter de la clôture du compte.

(1) Toutes les actions suivent les formes ordinaires lorsque la loi n'en a pas prescrit de particulières; mais comme on avait proposé une procédure spéciale pour le cas de reddition de compte, le législateur, en rejetant ce projet, a cru devoir déclarer qu'on suivrait la règle générale.

(2) Demolombe, no 104; — Paris, 19 août 1850, Dev., 1850, 2, 587.

(3) Pigeau, p. 436, 22; — Bruxelles, 25 août 1810, Dev. Pal.

(4) On nomme *reliquat*, la somme qui reste due après l'arrêté de compte, soit par le tuteur

Les intérêts de ce qui sera dû au tuteur par le mineur, ne courront que du jour de la sommation de payer qui aura suivi la clôture du compte.

= En principe, les intérêts ne sont dus qu'à partir du jour de la demande; les cas où ils courent de plein droit sont exceptionnels.

L'article 474 détermine une de ces exceptions : il résulte, en effet, de ce texte, qu'après la clôture du compte de tutelle (qu'il ait été rendu à l'amiable ou en justice, la loi ne distingue pas), si la recette excède la dépense, cet excédant porte intérêt, sans demande, au profit du mineur, quand même il ne se trouverait, dans le traité intervenu entre lui et son tuteur, aucune stipulation relative aux intérêts; quand même les pièces justificatives n'auraient pas été remises (1).

Cette exception est fondée sur la nature des rapports qui ont existé entre les parties : on a considéré qu'il répugnerait nécessairement à l'ex-mineur d'exercer des poursuites contre celui qui a pris soin de son enfance. D'ailleurs, le tuteur se plaindrait à tort : si ses registres sont régulièrement tenus, il ne peut ignorer qu'il doit un reliquat.

Rien ne s'oppose, du reste, à ce qu'une demande judiciaire soit formée; car le mineur n'est point privé de l'avantage du droit commun : les intérêts sont alors dus, non pas seulement à partir de la clôture du compte, mais du jour où l'assignation a été signifiée (2); bien entendu, pour la somme dont le mineur se trouvera créancier par suite de la reddition du compte (3).

En déclarant que les intérêts courent de plein droit, la loi suppose, comme de raison, que le compte a été rendu régulièrement : il est clair que les opérations entachées de nullité ne peuvent produire aucun effet (4).

Les intérêts ne sont pas eux-mêmes productifs d'intérêts; car il n'y a plus lieu à l'application de l'art. 455 : on rentre dans la règle générale de l'article 1154 (5).

Le tuteur doit payer le reliquat du compte, sans attendre le jugement approbatif, dès que l'affirmation a eu lieu (534 Pr.), lorsque le compte est rendu judiciairement : faute par lui de satisfaire à cette obligation, l'oyant peut requérir du juge-commissaire un exécutoire, c'est-à-dire, une ordonnance portant injonction au tuteur de payer cet excédant (535 Pr.).

Quant à l'hypothèque légale, il nous paraît conséquent d'admettre qu'elle est conservée jusqu'au payement intégral du reliquat, bien que la loi ne s'en explique pas (2135) : on ne saurait admettre qu'elle cessât

au pupille, soit par le pupille au tuteur. En d'autres termes, le reliquat est la différence qui existe entre les recettes et les dépenses

(1) Dur., n° 640; Magnin, n° 731; Demolombe, n° 138.

(2) Pau, 3 mars 1818, Dev. Pal.; Delv sur l'article 474; Zach., p. 250.

(3) Limoges, 25 janvier 1822; Amiens, 17 décembre 1824, Dev. Pal.

(4) Amiens, 17 décembre 1824, Dev. Pal.

(5) Pothier, Des personnes, part. 1re, tit. 6, sect. 4, art. 6; Toullier, no 1273.

d'exister, juste au moment où elle peut devenir efficace; qu'elle fût détruite par l'effet de l'acte même qui a précisément pour objet de déterminer les droits qu'elle doit garantir. Un semblable résultat ne pourrait d'ailleurs se concilier avec les principes généraux; car il supposerait qu'une novation est intervenue; or, la novation ne se présume pas (1273): il s'agit, nous le répétons, d'un règlement de compte, et nullement de la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne. L'argument que l'on prétendrait tirer des termes de l'article 2274 serait sans force : l'arrêté de compte prolonge la durée de l'obligation, mais il n'en modifie pas le caractère (*v.* p. 475).

L'action en payement du reliquat, dit Demolombe, n° 739, dure trente ans; l'hypothèque légale, qui en est l'accessoire, doit donc avoir la même durée: elle s'applique non-seulement au principal du compte, mais encore aux intérêts, et les intérêts ne cessent de courir de plein droit qu'après l'expiration de ce délai; l'article 474 ne contient point de disposition limitative. — Au reste, l'examen de cette grave question trouvera sa place au titre des priviléges et hypothèques (1).

Le tuteur (autre toutefois que le père ou la mère) peut être contraint par corps à payer le reliquat du compte de tutelle (126 Pr.). Il ne serait pas recevable, pour obtenir la liberté de sa personne (1270), à invoquer le bénéfice de cession de biens, accordée par le Code (1268) aux débiteurs malheureux (905 Pr.). (Loi du 17 avril 1832, art. 19.)

Quant au tuteur, les intérêts de ce qui lui est dû par le mineur ne courent que du jour où il en a fait la demande; action qu'il peut introduire, du reste, avant la clôture du compte : —ainsi, on applique le droit commun; il n'existe pas de raison particulière pour accorder au tuteur la même faveur qu'au pupille.

Toutefois, par exception à la règle de l'article 1154, une simple sommation suffit pour faire courir les intérêts : la loi tient compte de la cause de la créance du tuteur; le plus fréquemment, elle provient d'avances qu'il a faites. Peut-être aussi a-t-on pris en considération la répugnance que le tuteur doit naturellement éprouver à exercer des poursuites contre son ex-pupille.

La disposition de l'article 474 n'est point exclusivement relative à la personne soit du mineur, soit du tuteur; elle s'étend aux héritiers de l'un et de l'autre.

—Si l'ex-mineur ou ses héritiers découvrent, après le compte rendu et apuré, mais dans le délai de dix ans à partir de la majorité (475), quelques erreurs ou omissions qui se rattachent aux faits de tutelle peuvent-ils réclamer le bénéfice de l'art. 474, quant aux intérêts, et de l'article 2121, quant à l'hypothèque légale? — En ce qui touche les intérêts, on distingue : si l'omission a eu lieu de mauvaise foi, l'art. 474 est applicable : la mauvaise foi ne doit pas avoir pour effet d'améliorer la position du débiteur.—Si le tuteur a été de bonne foi, les intérêts ne sont

(1) Dur., nos 640 et 641; Magnin, nos 730 et suiv.; — Grenoble, 26 février 1840, Pal., 1840, 2, 562; Cass., 21 février 1838, Pal., 1838, 1, 259; Grenoble, 30 juin 1838, Pal., 1839, 1, 420; Pau, 17 juin 1837, Pal., 1838, 2, 320.

dus qu'à compter du jour de la demande en rectification de compte (arg. des articles 1153, 549, 1378, 1682, etc. (1). — En ce qui touche l'hypothèque légale, on peut dire qu'aux termes de l'article 2135, elle est établie pour la gestion du tuteur; qu'elle doit, dès lors, avoir pour terme le payement du reliquat (art. 2180); que si les erreurs ou omissions donnent lieu au redressement du compte, en vertu de l'article 541 Proc., il ne s'agit plus néanmoins pour le mineur d'une faveur, mais de l'exercice d'un droit ouvert à toute partie qui se trouve lésée; en un mot, que tous les avantages attachés à la qualité de mineur, notamment, quant à la durée de son action pour faits de tutelle (475), sont épuisés par l'apurement du compte et le payement du reliquat, à moins que le compte ne soit entaché de dol ou de fraude; que le système opposé serait contraire à la publicité, l'une des bases du régime hypothécaire; qu'il aggraverait les charges du tuteur en le mettant, après l'apurement du compte, dans l'impossibilité d'hypothéquer ses biens (2); enfin, que, suivant une jurisprudence aujourd'hui passée en principe, les inscriptions hypothécaires radiées en vertu de jugements ou arrêts cassés par la cour suprême, ne peuvent être opposées aux tiers qui ont traité de bonne foi avec le débiteur, dans l'intervalle de la radiation au rétablissement des inscriptions (3).

Ces considérations, toutes graves qu'elles soient, doivent fléchir devant le raisonnement suivant : le mineur a une hypothèque légale dispensée d'inscription, à raison de toutes les créances qui ont pour cause l'administration du tuteur (2121-2135); or, nous supposons que la créance est relative à cette gestion : puisque l'action, aux termes de l'art. 475, demeure entière pendant dix ans à compter de la majorité du pupille, il est clair que l'hypothèque légale qui la garantit doit subsister au profit du mineur pendant le même délai. — Prétendre que l'hypothèque s'éteint dès que le compte est rendu et le reliquat payé, c'est dire que l'action en redressement du compte n'a point pour cause la gestion; c'est nier le droit conféré au mineur par l'article 475 (4).

Au surplus, dès le moment où il y a doute, les tiers agiront prudemment en ne traitant avec le tuteur qu'après l'expiration des dix années accordées au mineur pour obtenir son compte de tutelle ou pour le faire rectifier (Demolombe, nos 143 et suiv.).

Si le mineur devenu majeur a renoncé, dans l'arrêté de compte, au bénéfice de son hypothèque légale, à raison des créances qui pourraient résulter à son profit du redressement du compte, cette renonciation donne-t-elle pleine sécurité aux tiers qui ont traité avec le tuteur? — Le mineur est réputé en tutelle tant que la reddition de compte n'est point consommée; or, l'action en redressement n'est qu'une prorogation de la reddition de compte. — Maintiendrait-on la libéralité que l'ex-mineur aurait faite à son ancien tuteur, après la reddition de compte, s'il était démontré que ce compte n'a été que partiel ou infidèle? Admettrait-on, enfin, que le mineur peut valablement renoncer à l'action en redressement de compte, et aux créances qu'il aura pour cette cause contre son tuteur? Ne serait-ce point lui tendre un piége? — L'hypothèque légale doit nécessairement

(1) Demolombe, nos 142 et suiv.; Douai, 19 juin 1835, D., 1835, 2, 135.

(2) Amiens, 18 septembre 1834, Dev., 1835, 2, 483.

(3) Dur., t. 20, no 203; Troplong, Hyp., t. 3, no 746; — Cass., 26 janvier 1834, Dev. Pal.; 18 juillet 1838, Dev., 1838, 1, 1004; 9 décembre 1846, Dev., 1847, 1, 827.

(4) Cass., 21 février 1838, Dev., 1838, 1, 193; Pal., 1838, 1, 259; Orléans, 12 janvier 1839, Dev., 1839, 2, 376; Pal., 1839, 1, 247; Cass., 18 août 1840, Dev., 1840, 1, 995; Toulouse, 18 juillet 1839, Pal., 1839, 2, 231.

participer à la durée et à toutes les conditions d'existence de ces créances (1).

Quelle est la durée de l'action en redressement des erreurs, faux ou doubles emplois qui se sont glissés dans le compte rendu et arrêté? Si l'action de compte se prescrit par dix ans, peut-on dire à plus forte raison qu'il en est ainsi de la rectification (2). Mais cette opinion repose sur une confusion : il ne s'agit plus ici d'un fait de gestion, mais d'une erreur matérielle. L'action doit donc être soumise à la prescription trentenaire (3). (*V.* l'article suivant.)

475 — **Toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à compter de la majorité.**

= La durée ordinaire des actions est de trente années; mais le législateur a pensé qu'il serait trop rigoureux de laisser le tuteur exposé aux poursuites du mineur ou de ses représentants pendant ce long espace de temps; car les éléments du compte reposent souvent sur de simples souvenirs que le temps efface. D'ailleurs, les pièces justificatives, plus ou moins nombreuses, peuvent disparaître par accidents. Tout en se montrant sévère par rapport au tuteur, on devait se montrer juste envers lui, en paralysant, par une prescription courte, toutes répétitions tardives.

En conséquence, l'action *pour faits de tutelle* a été restreinte au laps de dix années.

Ce délai court à partir de la majorité de l'ex-mineur, alors même que le compte de tutelle n'aurait été rendu que depuis moins de dix ans (4).

Nous parlons de la prescription des actions *pour faits de tutelle.* — S'il s'agissait d'une poursuite en payement du reliquat (que le compte eût été arrêté soit à l'amiable, soit en justice), l'action ne se prescrirait, ainsi que nous l'avons vu sous l'article précédent, que par le laps de temps de trente années, à compter du jour de l'arrêté, et ce, tant à l'égard du tuteur qu'à l'égard du mineur : on rentrerait dans les règles du droit commun (2262) (5). Rien de plus rationnel : le réclamant n'aurait plus à rappeler des souvenirs de la tutelle ; le tuteur ou ses représentants n'auraient plus de pièces justificatives à produire : l'action ne serait point fondée sur un fait de gestion, mais sur l'arrêté de compte; elle aurait pour unique objet le payement d'une somme dont le tuteur se serait volontairement reconnu ou aurait été déclaré débiteur ; une espèce de novation se serait opérée. — C'est ainsi, du reste, que le législateur a considéré l'arrêté de compte, par rapport aux prescriptions dont il est parlé dans les articles 2271, 2272 et 2273. (*Voy.* l'art. 2274.)

(1) Demolombe, n° 147. *Voy.* cep. Toulouse, 18 juillet 1839, Pal., 1839. 2. 231.

(2) Duvergier sur Toullier, *ibid.;* Zach., t. 1er, § 112; Pigeau, t. 2, p. 135; Vaz., Prescriptions, n° 537.

(3) Toullier, n° 1277; Chauveau sur Carré, n° 1886.

(4) Cass., 10 janvier 1821, Dev. Pal.

(5) Toullier, n° 1276; Proudhon, t. 2, p. 246.

Nous pensons que l'hypothèque aurait la même durée. (*Voy.* l'article précédent.) (1).

Point de difficultés réelles jusqu'ici : mais *quid* si le compte ayant été rendu, le mineur en demande la rectification pour erreurs, omissions ou doubles emplois? La prescription datera-t-elle du jour de la *majorité*, ou du jour de l'arrêté de compte? Distinguons :

Lorsque l'action est relative aux faits de tutelle, lorsqu'il s'agit de faire modifier certains articles du compte, de réparer des omissions; par exemple, si le mineur réclame contre le tuteur des dommages-intérêts à raison d'une faute qu'il a commise dans sa gestion, il est clair que l'on rentre dans le texte et dans les motifs de l'art. 475, et que le délai court du jour de la majorité (2). — En cas d'erreur ou de dol, la prescription décennale ne daterait que du jour où ces faits auraient été découverts (1304).

Mais que faut-il décider si l'action est dirigée contre le compte lui-même, si elle a pour objet de le faire rectifier au moyen d'éléments qui lui sont propres; en d'autres termes, s'il contient des doubles emplois, des erreurs de calcul, des irrégularités matérielles que l'on peut aisément reconnaître par la seule inspection du titre?

D'une part, on dit que l'article 475 embrasse dans la généralité de ses termes toutes les actions qui tendent à régulariser le compte de tutelle; — d'autre part, on répond par les raisonnements suivants:

1° L'article 475 suppose que les actions relatives à la tutelle ont pour cause la gestion tutélaire : or, l'action en rectification ne concerne pas la gestion, mais bien le compte rendu par le tuteur.

2° La prescription de dix ans est fondée sur une présomption de renonciation au droit de demander compte; or, cette présomption ne peut se présenter lorsque, le compte ayant été rendu, il s'agit seulement de le faire rectifier.

3° S'il arrivait que le compte n'eût été rendu que peu de temps avant l'expiration de dix ans, il s'ensuivrait, dans l'opinion de ceux qui tiennent à ce terme, l'exercice de l'action en rectification, que la prescription aurait couru avant la reddition du compte; ce qui serait dérisoire.

De ces observations il faut conclure que la prescription de l'action en rectification ne court pas du jour de la majorité du mineur, mais à partir de l'arrêté de compte (Demolombe, n° 161).

Quelle est en ce cas la durée de la prescription? Dix ans, suivant quelques auteurs (1304) (Vazeille, Prescrip., n° 578; Magnin, n° 737); — mais on décide généralement que l'action ne s'éteint que par le laps de trente ans, conformément à la règle générale de l'article 2262; car elle n'est plus fondée sur les faits de tutelle, mais sur le traité ou sur l'arrêté de compte (3).

(1) Magnin, p. 736; Toullier, nos 1276 et 1277; Dur., n° 643; Delv., p. 129, n° 15; Demolombe, n° 159; Vazeille, Prescrip., nos 534 et suiv.; Bioche, Compte, n° 206; — Metz, 10 juillet 1821, Dev. Pal.; D., Tutelle, chap 2, sect. 9, art. 3.

(2) Duvergier sur Toullier, n° 1277; Zach., p. 251; Demolombe, nos 162 et suiv.; Vaz., n° 578.

(3) Toullier, t. 2, n° 1277; Magnin, nos 584 et 737; Bioche, n° 28; Dur., n° 643; Chardon,

Notre article a seulement prévu le cas où la tutelle cesserait par la majorité du pupille : *quid* si elle a pris fin par toute autre cause ? Quel sera le point de départ de la prescription décennale ? Distinguons : dans tous les cas où il a été pourvu au remplacement du tuteur, ou lorsque le mineur a été émancipé, quand même il aurait reçu son compte de tutelle, la prescription ne date que du jour de la majorité ; la prescription, en effet, ne court pas contre les mineurs (2252) (1).

Mais *quid*, si la tutelle a cessé par la mort du mineur ? Suivant Duranton, n° 644, les dix ans courent à partir du décès : c'est ainsi, dit cet auteur, qu'aux termes de la loi 3, § 3, Code *de temp. in integr. restit.*, lorsqu'un majeur succède à un mineur qui avait l'action en restitution contre lui, le délai ne commence pas à courir à partir seulement de l'époque où le défunt aurait atteint sa majorité s'il ne fût pas mort, mais du jour du décès ; il n'y a plus de motifs pour suspendre les délais, puisque les héritiers peuvent agir (2) — Nous admettons cette décision pour le cas où ils sont tous majeurs ; mais, certes, il n'en saurait être ainsi lorsqu'ils sont mineurs, car le cas dont il est parlé dans l'article 475 n'est excepté par aucun texte de la règle générale établie par l'article 2252 (Magnin, n° 735). — Au reste, cette question se rattache à un autre ordre d'idées ; nous l'examinerons au titre des prescriptions.

Remarquons, au surplus, que si l'action personnelle, à raison des faits de tutelle, est éteinte après l'expiration de dix années, le mineur ne conserve pas moins, après ce délai, l'action en revendication pendant trente ans, aussi bien contre son tuteur que contre les tiers, car il agit alors comme propriétaire (3).

— Peut-on appliquer l'article 475 aux créances dont le tuteur serait tenu envers le mineur pour des causes indépendantes de la tutelle ; par exemple, pour des reprises matrimoniales que l'enfant aurait le droit d'exercer du chef de sa mère décédée, contre son père survivant, ou pour raison d'obligations que le tuteur aurait contractées envers l'auteur du mineur ? ∽ Si les créances dont il s'agit ne sont pas devenues exigibles pendant la tutelle, le tuteur reste dans les termes du droit commun ; il est soumis à la prescription ordinaire : aucune difficulté ne peut donc se présenter à cet égard ; — mais *quid*, si ces créances sont devenues exigibles ? ∽ Pour soutenir que l'action est soumise à la prescription de l'article 475, on raisonne ainsi : l'article 475 s'applique à toute action relative aux faits de tutelle ; or, les créances dont nous parlons étant devenues exigibles pendant le cours de la tutelle, le tuteur a dû les faire entrer dans son compte ; donc elles se trouvent enveloppées dans la prescription de dix ans depuis la majorité. — D'ailleurs, il

p. 417 ; Chauveau sur Carré, n° 1886 ; Favard, Rép., v° Tutelle, § 10, n° 8 ; Chabot, Quest. transitoires, v° Compte de tutelle, p. 94 ; — Metz, 10 juillet 1821 ; Besançon, 5 juillet 1823, Dev. Pal.

(1) Dur., n° 644 ; Zach., t. 1er, § 122 ; Delv., p. 129, n° 44 ; Magnin, n° 755 ; Demolombe, nos 151 et suiv. ; — Montpellier, 11 août 1818 ; Bourges, 1er février 1827, D., 1827, 2, 162 ; 10 janvier 1821 ; Bordeaux, 7 février 1827 ; Cass., 7 novembre 1827, Dev. Pal.

(2) Dur., n° 644 ; Zach., t. 1er, p. 251 ; Demolombe, n° 154 ; — Bourges, 1er février 1827, Dev. Pal ; D., 1827, 2. 162.

(3) Troplong, Prescrip., t. 2, art. 2236 ; Demolombe, n° 174.

est constant que l'hypothèque légale du mineur s'attache à toutes les créances qu'il peut avoir contre son tuteur, même indépendamment de la tutelle ; or, les créances dont il s'agit sont comprises dans la gestion tutélaire. — Il faut donc tenir pour principe que toutes les créances, quelle qu'en puisse être la cause, se trouvent soumises à la règle de l'article 475 (1). ✓✓ Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'appliquer ici l'article 475. — Cet article établit une règle spéciale aux actes d'administration, actes fugitifs, qui ont donné lieu à une prescription particulière ; mais ici le principe de la créance est dans le contrat, et ce contrat est tranger à latutelle. — En se bornant à parler des faits de tutelle, le législateur a entendu, évidemment, laisser soumise aux principes généraux la prescription des créances qui ont une autre source. — On objecte que le tuteur a dû recevoir de lui-même le montant de sa dette ; cela est vrai : mais de ce que le même individu est à la fois tuteur et débiteur, il ne s'ensuit pas que ces deux qualités soient indivisibles ; que le tuteur ne puisse être considéré, pour le montant de sa dette, comme un tiers relativement au mineur : — la loi entend protéger ce dernier ; elle n'entend pas le priver du bénéfice du droit commun : or, si c'était un tiers qui fût débiteur, le mineur pourrait agir contre ce tiers pendant trente ans ; donc, son action personnelle contre le tuteur doit avoir la même durée. — Du reste, il est loisible au mineur de considérer cette créance comme un fait de tutelle, et de la comprendre dans le compte qui lui est dû à ce titre : il n'y a pas ici de novation nécessaire (Demolombe, n° 172).

Mais cette créance sera t-elle garantie par l'hypothèque légale accordée au mineur sur les biens de son tuteur? ✓✓ Oui, s'il agit dans les dix ans de la majorité ; car il manifeste alors l'intention de comprendre cette créance parmi celles dont le tuteur lui doit compte en cette qualité ; — *secùs*, s'il n'exerce ses poursuites qu'après ce délai, comme créancier personnel de son tuteur ; car l'hypothèque légale est éteinte (2).

Si le mineur devenu majeur a conclu, contrairement aux dispositions de l'article 472, un traite avec son tuteur, les dix ans qui lui sont accordés pour intenter l'action en nullité courent-ils de l'époque de sa majorité ou de la date du traité? ✓✓ Point de question, si le traité est entaché d'erreur, de dol ou de violence : les dix ans courent soit du jour de la découverte de l'erreur, soit du jour où la violence a cessé (1109, 1116, 1304), lors même qu'il s'est écoulé plus de dix ans depuis la majorité (3). — Mais *quid* si l'action en nullité du traité est uniquement fondée sur l'inobservation des règles de l'article 472, lorsque d'ailleurs on n'impute aucun dol au tuteur? ✓✓ Quelques auteurs décident que l'article 1304 est applicable, c'est-à-dire, que les dix ans accordés pour attaquer le traité courent a partir du jour où il a été conclu : ils raisonnent ainsi :

1° L'action en nullité résultant de ce que les parties n'ont pas observé les règles de l'article 472, est fondée sur une presomption soit de dol de la part du tuteur, soit d'erreur de la part de l'ex-mineur ; par conséquent, elle doit durer dix ans à compter de la date du traité.

(1) Delv., p. 129, nos 13 et 14; Troplong, Hyp., n° 427; Magnin, n° 1279; Grenier, n° 282; Merlin, Rép., v° Hyp., sect. 2, § 3, n° 4; — Paris, 26 mars 1836, Dev., 1836, 2, 259; Rouen, 18 janvier 1859, Dev., 1859, 2, 2.8.

(2) Dur., n° 645, t. 3; t. 19, n° 317; t. 21, n° 293; Zach., t. 1er, p. 551; Demolombe, nos 172 et suiv ; — Paris, 17 juin 1837, Dev., 1838, 2, 161; Cass., 31 mars 1845, Dev., 1846, 1, 545; Dal., 1846, 1, 187; Lyon, 23 novembre 1850, Dev., 1851, 2, 87, Cass., 12 mars 1811, Dev. Pal.

(3) Troplong, Prescrip., n° 1087; Chardon, Puiss. tut., p. 414; Solon, Nullites, t. 2, p 485; Merlin, Rép., v° Tutelle, n° 3; — Limoges, 21 mai 1840, Dev., 1840, 2, 484; — Duvergier sur Toullier, t. 2, n° 1278; Zach., t. 1er, p. 251; Demolombe, n° 165; — Cass., 10 janvier 1821, Dev. Pal.; 10 février 1830, Dev., 1830, 1, 97, Dev. Pal.

2° On ne saurait admettre que la prescription de l'action en nullité ait pu commencer à courir avant que cette action n'existât : un tel système répugnerait à la raison ; il aurait d'ailleurs pour résultat de priver le mineur de toute protection, peu de jours avant l'expiration des dix années que l'article 475 accorde pour agir. —Le traité crée entre les parties une situation nouvelle ; l'action en nullité doit avoir un nouveau point de départ (1).

Quoi qu'il en soit, il nous paraît plus conforme à l'esprit de la loi d'appliquer ici la règle de l'article 475, et de faire courir les dix ans à partir de la majorité. — Remarquons, en effet : 1° qu'il ne s'agit point d'une action en rescision proprement dite ;—2° que l'article 472 ne présume pas le dol, comme on l'a dit à tort : il permet au mineur d'agir contre son tuteur, comme si le traité n'existait pas, voilà tout : c'est là une précaution préventive. — On objecte que la prescription de l'action en nullité contre un acte ne peut commencer à courir avant l'existence de cet acte : mais si le tuteur n'avait point rendu de compte, s'ensuivrait il que les actions relatives aux faits de tutelle ne dussent pas s'éteindre après un espace de dix années? Pourquoi donc le traiter plus sévèrement lorsqu'il a fait un acte qui équivaut à un compte? Ce compte est irrégulier, sans doute ; mais enfin ce n'est pas moins un compte. — Dans tous les cas, l'equité veut que l'action relative aux faits de tutelle soit refusée au mineur après un intervalle de dix années (2).

Quelques auteurs distinguent l'action en nullité du traité (472), de l'action en reddition de compte ; ils décident que l'ex-mineur peut former l'action en nullité du traité dans les dix ans de sa date (1304) ; mais ils ne font courir la prescription relative aux faits de tutelle qu'à partir de la majorité du pupille : cette distinction a été consacrée par la cour de cassation (3).

Nous avons supposé jusqu'ici (car telle est l'hypothèse réglée par l'art. 475) que le reliquat du compte est en faveur du mineur : mais il peut arriver aussi que ce soit le tuteur qui se trouve en avance : quelle sera la durée de son action? ✓✓ Distinguons : si cette action n'est pas relative aux faits de tutelle ; par exemple, si le tuteur demande le payement d'un reliquat en sa faveur, elle dure trente ans (4). — Mais *quid*, si elle est relative à la gestion de tutelle? Spécialement, le tuteur pourrait-il, après un laps de dix années, assigner le mineur en réception de compte de tutelle? ✓✓ L'action du tuteur et celle du mineur sont indivisibles et corrélatives, disent quelques auteurs : l'une ne doit donc plus subsister dès que l'autre est éteinte : si le mineur a contre son tuteur l'action directe pour demander compte de ses biens, le tuteur a l'action contraire pour demander la remise de ses avances.—Le tuteur a dû se payer lui-même, et, dès lors, porter la somme en compte : on ne peut donc savoir s'il s'est payé que par l'inspection du compte ; or, ce compte ne peut plus être réclamé lorsque dix ans se sont écoulés depuis la majorité.—L'art. 475 ne parle, il est vrai, que de l'action directe du mineur; mais pourquoi? parce que c'est le cas le plus ordinaire (5). ✓✓ Cette opinion est contraire à l'esprit et au texte de l'article 475. — Pourquoi

(1) Toullier, n° 1278; Chardon, p. 416; Magnin, n° 737; Vazeille, Prescrip., t. 2, n° 539; — Limoges, 21 mai 1840, Dev., 1840, 2, 483; Riom, 30 ventôse an XII, Dev. Pal.

(2) Merlin, Rép., v° Tutelle, sect. 5, § 2, n° 3; Malleville sur l'art. 475; Zach., p. 251; Chardon, Puiss. tut., n°s 522-523; Delv., p. 129, n° 4; Demolombe, n° 165; Duvergier sur Toullier, n° 1278; Troplong, Prescrip., n° 1087 ; Solon, Nullités, t. 2, p. 485; Favard, v° Tutelle, § 10, n° 7; — Cass., 26 juillet 1819, 14 novembre 1820, 10 janvier 1821, Dev. Pal.; Douai, 26 novembre 1841, Dev., 1843, 2, 453; Cass., 5 juin 1830, Dal., 1830, 1, 186.

(3) Demolombe, n° 169; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 421; — Cass., 1er mai 1850, Dev., 1850, 1, 542.

(4) Toullier, t. 2, n° 1276; Dur., n°s 645 et 647; Magnin, n° 736; Demolombe, n° 158.

(5) Delv., p. 129, n° 13; Toullier, n° 1279; Magnin, n° 738; Proudhon, t. 2, p. 419; Vazeille, Des prescriptions, n° 536; — Cass., 10 janvier 1821, Dev. Pal.; Montpellier, 13 avril 1847, Pal., 1847, 1, 650; Dal., 1847, 2, 66.

l'action du mineur est-elle soumise à la prescription décennale? parce qu'on n'a pas voulu laisser le tuteur exposé, pendant une longue suite d'années, à la reddition d'un compte dont les éléments auraient pu disparaître : cette considération est, par conséquent, toute dans l'intérêt du tuteur; on ne doit donc pas la retourner contre lui. — Le principe de la prétendue réciprocité n'est pas sérieux : si le mineur doit, il ne se pressera pas de demander compte : or, ne serait-il pas inéquitable de frapper de déchéance le tuteur qui, par des considérations bienveillantes, aurait différé ses poursuites contre le mineur; par exemple, afin de ne pas l'empêcher de prendre un établissement?—On avait d'excellentes raisons pour abréger la durée de l'action du mineur contre son tuteur; on n'en avait aucune pour priver le tuteur du bénéfice du droit commun. — La tutelle est une charge onéreuse; elle frappe les biens du tuteur d'une hypothèque générale, et l'expose à une responsabilité sévère : il n'en est pas de même, lorsque c'est le tuteur qui se trouve créancier.—Remarquons d'ailleurs les termes du texte : il n'est pas dit : *toute action pour faits de tutelle*; mais : *toute action du mineur contre son tuteur* (1).—Le principe de la créance n'est pas dans le fait de savoir si le tuteur l'a portée ou non en compte, mais bien dans un contrat étranger à la tutelle : — l'article 475 ne pourrait être invoqué que s'il s'agissait d'actions de courte durée; en ce cas, le mineur serait fondé à dire, jusqu'à un certain point, que le tuteur a dû se payer par ses mains, que c'est là un fait de tutelle.

CHAPITRE III.

DE L'ÉMANCIPATION (2).

L'homme n'est en général capable d'administrer sa personne et ses biens qu'à l'âge de vingt et un ans; mais cette règle n'est pas sans exception : un mineur, parvenu à un certain âge, peut avoir acquis assez de maturité pour qu'il soit possible de l'affranchir de l'autorité paternelle et de la tutelle, de l'initier au secret de ses affaires, et de le préparer progressivement à user des droits dont il jouira lors de sa majorité : tel est l'objet de l'émancipation.

L'émancipation est un acte par lequel le mineur acquiert le droit d'administrer sa personne et ses biens, et de faire choix d'un domicile.

On distingue deux espèces d'émancipation : 1° l'émancipation légale ou tacite, qui s'opère par le seul fait du mariage (476); — 2° l'émancipation volontaire ou expresse, qui s'opère par la volonté du père; à défaut de père, par celle de la mère; et à défaut de père et de mère, par une délibération du conseil de famille (478). — Le droit d'émanciper n'est pas étendu aux ascendants.

Nous nous bornerons, dans cet exposé préliminaire, à dire quelques mots sur le dernier mode d'émancipation.

L'émancipation expresse doit être pure et simple, et non dépendante

(1) Dur., nos 645 et 647; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 420; Duvergier sur Toullier, no 1279; Zach., t. 1er, p. 250; Demolombe, no 176.

(2) Expression empruntée du droit romain. — A Rome, l'émancipation avait pour seul effet d'affranchir de la puissance paternelle le fils de famille encore impubère : elle donnait ouverture à la tutelle, loin d'entraîner l'extinction de cette charge, comme dans notre droit français. (Instit., lib. 1er, t. 12, § 6, et t. 13, Princ.)

d'un terme ou d'une condition. « Les tiers, dit Favard (Rép., v° Emanc., n° 13), pourraient être induits en erreur, si le mineur émancipé ne l'était pas pour tous les actes que les articles 481 et suiv. lui permettent de faire. » — Nous ajouterons, ce qui est plus puissant encore, que l'émancipation constitue un état de la personne : or, tout ce qui concerne l'état et la capacité est exclusivement du domaine de la loi, et ne saurait être modifié par des clauses particulières. (Demolombe, n° 227, t. 8; n° 52, t. 6 (1))

Cependant, l'émancipation est toujours subordonnée à une sorte de condition résolutoire pour le cas où le mineur abuserait de sa liberté, soit en faisant des dépenses excessives, soit même, selon nous, en menant une conduite déréglée. (*V.* p. 513.)

Le mineur soumis à la puissance paternelle peut être émancipé à l'âge de quinze ans révolus ; — s'il n'a plus ni père ni mère, il ne peut l'être qu'à l'âge de dix-huit ans accomplis.

Au premier cas, l'émancipation s'opère par la seule déclaration du père ; à son défaut, par celle de la mère : cette déclaration est reçue par le juge de paix, assisté de son greffier (477) (2).

Au deuxième cas, il faut une délibération du conseil de famille (478, 479).

Le mineur émancipé reçoit un curateur : ce curateur est toujours nommé par le conseil de famille (arg. de l'art. 460) ; cependant, il est admis que la curatelle d'une femme mineure appartient de droit à son mari (arg. de l'art. 506) (3).

On ne peut choisir pour curateur que des personnes capables d'administrer la tutelle (art. 28, 34, 42 du Code pénal). — La curatelle, en effet, est, comme la tutelle, une charge publique.

Le curateur est soumis, dans l'exercice de ses fonctions, à la même responsabilité que tout mandataire.

Remarquons ici que la capacité du mineur émancipé est moins étendue que celle du tuteur (450) : ce dernier reçoit les capitaux mobiliers, défend sans autorisation aux actions immobilières, et même intente ces sortes d'actions avec l'autorisation du conseil de famille, il est vrai, mais sans l'assistance de personne (464 et 465).

Le mineur doit être assisté de son curateur pour ces divers actes.

On signale toutefois deux bizarreries :

1° Le mineur émancipé peut, avec la seule assistance de son curateur, répondre à une demande en partage, ou même la former; tandis que le tuteur devrait, pour introduire une action de cette nature, obtenir l'autorisation du conseil de famille (464); l'article 840 C. C. est formel (4).

(1) Malleville, art. 477; Fréminville, n° 1832, t. 2. *Voy* cep. Toullier, n° 1300.

(2) L'émancipation ne peut donc avoir lieu ni par testament, ni par acte devant notaire.

(3) Pigeau, t. 1, p. 86; t. 2, p. 472; Dur., t. 2, n° 505; t. 3, n° 678; Vaz., Mariage, t. 2, p. 349; — Pau, 11 mars 1811, S., 13, 2, 1.

(4) Dur., n°s 689 et 690; Val. sur Proudhon, t. 2, p. 434; Demolombe, n° 304; Fréminville, n° 1058.

2° La donation faite au mineur en tutelle ne peut être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille (463) ; il suffit au mineur émancipé de l'assistance de son curateur (arg. de l'art. 482).

L'émancipation finit :

1° Par la majorité du mineur ;

2° Lorsqu'il rentre en tutelle par suite de circonstances qui ont motivé la réduction de ses engagements : on suit, pour le priver de l'émancipation, les formes qui ont eu lieu pour la lui conférer. — Le mineur rentré en tutelle y reste jusqu'à sa majorité (486).

Observons que l'émancipation déclarée peut seule être retirée : l'émancipation par mariage est irrévocable ; car l'état d'homme marié est incompatible avec celui de mineur en tutelle (485). — Elle ne cesse même pas lorsque le mariage vient à se dissoudre (1) ; il en est autrement lorsqu'il est annulé (2).

On peut aussi conférer au mineur émancipé la faculté de faire un commerce ; mais comme cette autorisation augmente les pouvoirs qu'il tient de l'émancipation ordinaire, puisqu'elle tend à l'assimiler au majeur pour les actes relatifs à ce commerce, la loi prescrit des conditions particulières (487 ; art. 2 du Code de commerce).

Quand et comment l'émancipation peut avoir lieu.

L'émancipation, avons-nous dit, est tacite, ou expresse.

De l'émancipation tacite.

476 — Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage.

= Cette émancipation s'opère sans que les parents du mineur aient besoin d'exprimer leur volonté à cet égard ; en consentant au mariage, ils donnent leur consentement tacite à l'émancipation : comment, en effet, ne pas reconnaître capable d'administrer ses biens, celui qu'on a reconnu capable des soins qu'entraîne la qualité d'époux et de père ? — Quant à la femme, il est d'autant moins dangereux de proclamer son émancipation, qu'elle trouve dans son mari un conseil et un appui (213).

Le consentement au mariage suffit pour opérer l'émancipation, puisque c'est là un effet de la loi ; d'où il suit que l'émancipation peut être conférée par les ascendants indirectement, quoiqu'ils ne puissent la conférer directement.

Bien plus, lorsque, par suite de dispense, une femme se marie avant l'âge de quinze ans, elle est émancipée comme celle qui ne se marie qu'après cet âge.

En cas de dissolution du mariage, le mineur de l'un et l'autre sexe, qui est resté veuf, avec ou sans enfants, ne rentre pas sous l'autorité

(1) Grenier, Supp., t. 1, p. 614. *Voy.* art. précité.

(2) Mais, pendant l'instance, le mineur est considéré comme émancipé. (Merlin, Rép., Mariage, section 6, § 1er, quest. sur l'article 180 ; — Turin, 14 juillet 1808, S., 8, 2, 43.)

paternelle; car il en a été affranchi par la loi (1). D'ailleurs, les motifs qui ont motivé l'émancipation subsistent, notamment, lorsque le mineur est à la tête d'un établissement; seulement ils ont perdu de leur gravité (2).

Le mari mineur est placé, comme celui dont l'émancipation a été déclarée, sous l'assistance d'un curateur. Toutefois, dans l'usage, on attend pour nommer un curateur que les circonstances le commandent.

Quant à la femme mineure, elle n'est affranchie de l'autorité paternelle que pour tomber immédiatement sous l'autorité de son mari (213).—La puissance maritale comprend, en effet, tous les attributs de la curatelle (arg. de l'article 2208, *in fine*).

Mais si le mari est mineur, il ne peut conférer à sa femme d'autres droits que ceux qu'il a lui-même, c'est-à-dire, la capacité de faire des actes de pure administration (*voy.* art. 224).

De l'émancipation expresse.

Le droit accordé aux père et mère d'émanciper leurs enfants est un attribut de la puissance paternelle :

Si le mineur a ses père et mère, il ne peut donc être émancipé que par son père.

Si le père est mort, le droit d'émanciper passe à la mère.

A défaut de père et mère, ce droit appartient au conseil de famille.

La loi ne l'a pas étendu aux ascendants.

Les règles que nous allons exposer s'appliquent non-seulement aux enfants légitimes, mais encore aux enfants naturels reconnus : ainsi, l'enfant naturel, âgé de 15 ans révolus, peut être émancipé par son père; à défaut du père, par sa mère (477) : le droit d'émanciper dérive en effet de la puissance paternelle : or, les père et mère naturels ont, comme les parents légitimes, cette autorité sur leurs enfants : cette décision est généralement reçue dans la doctrine et dans la jurisprudence (3). (*Voy.* p. 271 et suiv.)

Nous verrons que les conditions de l'émancipation expresse varient, suivant que le mineur est soumis à la puissance paternelle ou qu'il se trouve hors de cette puissance.

477 — Le mineur, même (4) non marié, pourra être émancipé par son père, ou, à défaut de père, par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de 15 ans révolus.

(1) Touillier, n° 1503; Proudhon, p. 264; Favard, v° Émancipation, § 2, n° 6; Magnin, n° 290; Dur., n°s 653 et 671; Fréminville, p. 43; — Cass., 21 février 1821, S., 21, 1, 188; D., 21, 1, 177.

(2) Zach., p. 241; Dur., n° 635; Grenier, Hyp., t. 11, n° 278; Demolombe, n° 186.

(3) Pal.; Delv., p. 125, n° 4; Touillier, n° 1287; Proudhon-Valette, p. 426, t. 2; Magnin, Minorités, n° 816; Dur., n° 657; Zach., p. 85; Loiseau, Enfants naturels, p. 545; Chardon, Puiss. paternelle, n° 180, t. 2; Rolland de Villargues, Enfants naturels, n° 302; Demolombe, n°s 372 et suiv.; — Limoges, 2 janvier 1811, 9 janvier 1821, Dev.

(4) Ce mot n'a pas de sens; que l'enfant soit ou non marié, peu importe.

Cette émancipation s'opérera par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix assisté de son greffier.

=L'enfant peut être émancipé à l'âge de 15 ans révolus, sans distinction de sexe, lorsqu'il a encore son père ou sa mère : sa position, sous ce rapport, diffère de celle du mineur resté sans père ni mère, lequel ne peut être émancipé avant l'âge de 18 ans accomplis. (*Voy.* art. 478.)

Pourquoi cette différence? Le législateur trouve une garantie suffisante, contre le danger d'une émancipation prématurée, dans l'intérêt personnel des père et mère, lorsqu'ils ont la jouissance légale des biens de l'enfant, puisqu'ils se priveront ainsi de cette jouissance; et surtout, dans leur tendresse présumée : — mais lorsque l'enfant est livré aux soins d'un tuteur autre que le père ou la mère, on a craint avec raison que le tuteur, désireux de se décharger d'une administration qui absorbe ses instants, ou devenue onéreuse pour lui, ne supposât à son pupille une capacité précoce, et que l'émancipation ne dégénérât en abandon.

La forme de l'émancipation est très-simple : elle consiste, porte notre article, dans la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix assisté de son greffier : il s'agit, en effet, d'un acte d'autorité domestique. Nous concluons de là :

1° Que le conseil de famille n'est pas appelé à donner son avis;

2° Qu'on ne pourrait, contre la volonté des père et mère, provoquer l'émancipation ; car ce serait porter atteinte à leur autorité (1);

3° Que ce droit appartient même au survivant des père et mère excusé, exclu ou destitué de la tutelle (2) ; même à la mère remariée et non maintenue dans cette charge;

4° Que l'enfant peut être émancipé à son insu ou malgré lui ;

5° Que le père émancipateur (ou la mère) ne doit compte à personne de ses motifs : son droit est souverain (3).—Bien plus, le père conserverait cet attribut de son autorité, s'il était séparé de corps, quand même la séparation aurait été prononcée contre lui (4). (*Voy.* p. 38 et l'article 372.)

Quel est le juge de paix compétent? celui du domicile du mineur, c'est-à-dire, du lieu où la tutelle s'est ouverte.—L'article 477, il est vrai, ne fait aucune distinction; il parle du juge de paix en général : mais l'intention du législateur devient évidente, si l'on rapproche ce texte de

(1) Merlin, Rép., v° Émancipation, § 1er, n° 4; Favard, v° Émancipation, § 1er, n° 3; Toullier, n° 1290; — Bordeaux, 14 juillet 1838, Dev., 1839, 2, 75; Dal., 1839, 2, 76; Pal., 1839, 1, 577.

(2) Demolombe, n° 204; Dur., n° 656; Duvergier sur Toullier, n° 287; Zach., p. 242; Magnin, n° 747; Proudhon, t. 2, p. 426; — Colmar, 17 juin 1807; Bruxelles, 6 mai 1808. Dev. Pal.; Bordeaux, 14 juillet 1838, Dev., 1839, 2, 73; Dal., 1839, 2, 76; Pal., 1839, 1, 577; Delv., p. 130, n° 2, refuse aux père et mère exclus ou destitués de la tutelle, ainsi qu'à la mère remariée non maintenue dans cette charge, le droit d'émancipation; mais déjà nous avons combattu ce système. *Voy.* art. 372-395.

(3) Colmar, 17 juin 1807, Dev. Pal.; — Bordeaux, 14 juillet 1838, Dev., 1839, 2, 73.

(4) Dur., n° 656; Demolombe, n° 200; — Paris, 1er mai 1813. *Voy.* cep. Delv., p. 125, n° 4.

celui de l'article 479. — Cette doctrine a le grand avantage de mettre les tiers à l'abri de surprises ; car ils pourront aisément, en recourant aux registres du greffe de la justice de paix, s'édifier sur l'état et sur la capacité du mineur. (*Voy.* p. 338.)

— Notre article défère la tutelle à la mère *à défaut* du père : dans quel sens faut-il entendre cette expression : *à défaut?* — Tous les auteurs s'accordent à décider que la mère peut émanciper lorsque le père est mort ; ou même, du vivant de ce dernier, lorsqu'il a perdu la puissance paternelle par l'effet d'une condamnation judiciaire. — Mais *quid*, s'il est seulement interdit, absent, ou s'il se trouve, par toute autre cause, dans l'impossibilité d'exercer son autorité?

Première opinion : Ces mots : *à défaut du père*, supposent le cas de mort naturelle ou civile : pendant la vie du père, la mère n'exerce la puissance paternelle que par délégation ; comment admettre qu'à ce titre, elle puisse changer définitivement l'état de l'enfant et détruire l'autorité dont elle a temporairement l'exercice? Le père interdit peut recouvrer la raison ; s'il est absent, il peut reparaître (1).

Deuxième opinion : Si l'enfant a moins de dix-huit ans, la mère ne peut l'émanciper ; car elle priverait ainsi le père de l'usufruit légal ; — mais, le même motif n'existant plus lorsque l'enfant est parvenu à cet âge (384), rien ne s'oppose à son émancipation.—A l'appui de ce système, on invoque l'article 2 du Code de commerce, lequel porte qu'en cas d'absence ou d'interdiction du père, l'enfant émancipé peut entreprendre un commerce avec le consentement de la mère; ce qui indique suffisamment que la mère peut l'émanciper, puisque sans cela il ne pourrait être réputé commerçant (Fréminville, no 1028).

Troisième opinion : Si l'absence du père a été déclarée, la mère peut émanciper l'enfant; car la déclaration d'absence fait supposer la mort : mais cette faculté lui est refusée en cas de présomption d'absence ou d'interdiction, tant que l'enfant n'a pas atteint sa dix-huitième année ; car le mari peut reparaître ou recouvrer la raison, et il ne conviendrait pas que sa femme pût ainsi lui ravir définitivement le bénéfice de l'usufruit légal (Magnin, no 744).

Quatrième opinion : La mère a le droit d'émancipation; mais l'usufruit légal est maintenu en faveur *du père*. — S'il en est autrement en cas d'émancipation tacite, c'est que le mariage est favorable (Dur., no 655).

Cinquième opinion (celle que nous adoptons) : La mère peut, en cas d'absence déclarée ou d'interdiction, émanciper son enfant même âgé de moins de dix-huit ans ; en cas de présomption d'absence, il convient d'en référer au tribunal. — Car l'enfant ne doit pas souffrir de l'état d'impuissance ou d'incapacité de son père. — Dans tous les cas, le père est privé, par l'effet de l'émancipation, du bénéfice de l'usufruit légal, quelle que soit la cause de son incapacité.—Cette opinion s'appuie sur les raisons suivantes : 1° il est inexact de dire que la déclaration d'absence équivaut à la mort (*V.* p. 233, t. 1er) : l'absent peut reparaître, de même que l'interdit peut recouvrer la raison : le plus grand rapport existe entre la position de l'un et de l'autre ; il faut donc exclure toute distinction;— 2° ces mots : *à défaut du père*, comprennent, dans leur généralité, tous les cas où le père ne peut par lui-même user de ce droit; l'article 2 du Code de commerce vient corroborer cet argument ; — 3° la puissance paternelle est moins un droit qu'une autorité protectrice conférée aux père et mère ; il est de leur devoir d'abdiquer cette autorité, et de sacrifier leur propre intérêt, quand le bonheur de l'enfant l'exige : c'est même dans cette vue que la loi a fait cesser la jouissance légale lorsque l'enfant

(1) Toullier, no 1287; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 425-427.

est parvenu à sa dix-huitième année ; — 4° enfin, on ne saurait conserver au père l'administration et la jouissance des biens de l'enfant émancipé par la mère ; car ce serait rendre illusoire l'émancipation : pour que l'on pût scinder les effets de cet acte, il faudrait un texte formel (Demolombe, n°s 593 et 594).

L'émancipation peut-elle avoir lieu par fondé de pouvoirs? ⇒ Oui, pourvu que la procuration soit spéciale et authentique (1).

478 — Le mineur resté sans père ni mère pourra aussi, mais seulement à l'âge de dix-huit ans accomplis, être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable.

En ce cas, l'émancipation résultera de la délibération qui l'aura autorisée, et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil de famille, aura faite dans le même acte, que le mineur est émancipé.

= Ainsi, le mineur (sans distinction de sexe) ne peut être émancipé avant l'âge de dix-huit ans accomplis, s'il n'a plus ni père ni mère.

La faculté d'émanciper est refusée aux ascendants ; on a dû se mettre en garde contre leur faiblesse : mais, comme ils sont appelés à consentir au mariage, ils peuvent conférer l'émancipation tacite et indirecte, sans le concours du conseil de famille.

A défaut de père et mère, il appartient au conseil de famille de prononcer : sa décision, à cet égard, ne peut donner lieu à aucun recours devant les tribunaux ; car il s'agit d'un acte de puissance paternelle et d'autorité domestique.

Gardons-nous de croire que le conseil de famille n'ait le droit d'émancipation qu'autant qu'il n'existe ni père ni mère : selon nous, l'absence déclarée, ou l'interdiction du survivant, ouvrirait, sous ce rapport, le droit du conseil, car il se trouverait investi de l'exercice de la puissance paternelle ; autorité qui est tout aussi bien dans l'intérêt de l'enfant que dans celui des père et mère. (Demolombe, n° 226; Zach., t. 1er, p. 242.)

Quelques auteurs considèrent le droit d'émancipation conféré au conseil de famille, comme une suite de la faculté qui lui est accordée de nommer un tuteur : mais si l'enfant est soumis à la tutelle d'un ascendant, n'est-ce pas au conseil de famille qu'appartient néanmoins le droit d'émanciper? Il faut donc chercher une autre raison : celle que nous venons d'indiquer nous paraît être la seule vraie.

479 — Lorsque le tuteur n'aura fait aucune diligence pour l'émancipation du mineur dont il est parlé dans l'article précédent, et qu'un ou plusieurs parents ou alliés de ce mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches, le

(1) Magnin, n° 746; Demolombe, n° 197; D., Tutelle, chap. 3; Encyclop., v° Absent, n° 152 Chardon, p. 152.

jugeront capable d'être émancipé, ils pourront requérir le juge de paix de convoquer le conseil de famille pour délibérer à ce sujet.

Le juge de paix devra déférer à cette réquisition.

= L'émancipation est ordinairement provoquée par le tuteur; car, mieux que tout autre, il est à même d'apprécier les circonstances qui nécessitent cette mesure et le degré de raison de l'enfant.

Toutefois, comme il pourrait arriver qu'il n'eût fait aucune diligence, la loi autorise les parents ou alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches, à éveiller la sollicitude du conseil de famille.

Nous supposons que l'enfant n'est pas soumis à la puissance paternelle : si le père ou la mère existaient, eux seuls pourraient l'émanciper ; il n'appartiendrait pas au conseil de famille de porter atteinte à leur autorité. Nous exceptons les cas d'absence ou d'interdiction.

— Le juge de paix pourrait-il, comme dans les cas prévus par les articles 406, 421 et 446, convoquer d'office le conseil de famille pour délibérer sur l'émancipation? serait-il tenu de déférer a la réquisition qui lui serait faite par des parents d'un degré plus éloigné que celui de cousin germain? ∽ Le juge de paix, disent quelques auteurs, ne peut convoquer d'office le conseil que dans les cas spécialement déterminés; et, d'un autre côté, il serait dangereux de trop étendre le cercle des personnes qui seraient autorisées à provoquer l'émancipation (Delv., p. 130, n° 6; Dur., nos 661 et 662 ; de Fréminville, no 1026). ∽ Nous pensons que la solution de la première question entraîne celle de la deuxième : si l'on admet que la convocation peut avoir lieu d'office, il est clair que toute personne a la faculté d'éveiller la sollicitude du juge de paix; or, selon nous, il doit jouir de cette faculté, puisqu'elle n'entraîne aucun inconvénient. — Assurément, il n'est pas tenu de déférer aux réquisitions qui lui sont faites, mais rien ne s'oppose à ce qu'il y ait égard (1).

Quid à l'égard du subrogé tuteur? ∽ Il a mission de veiller aux intérêts du mineur ; son devoir lui commande de faire convoquer le conseil de famille lorsqu'ils sont en danger (*v.* p. 337).

Quid à l'égard du ministère public? ∽ Il n'a point le droit de réquisition directe ; il peut seulement éveiller la sollicitude du juge de paix (*v.* p. 337; Demolombe, nos 220 et 221, t. 8; no 287, t. 7).

Quid à l'égard du protuteur? ∽ Il ne saurait avoir cette faculté, puisqu'il n'est pas chargé du soin de la personne du mineur (Demolombe, no 222).

Le mineur peut-il provoquer lui-même son émancipation? ∽ D'une part, on dit que le mineur n'a point la capacité d'agir sans son tuteur; qu'il, pourrait se laisser entraîner par l'excès d'impatience ou de présomption Delv., p. 130, no 6; Dur., no 652; Fréminville, no 1026; D., Tutelle, chap. 3). ∽ D'autre part, on répond que le mineur ne peut être privé du droit de faire délibérer sur une chose qui l'intéresse; qu'il n'y a point d'inconvénient à lui conférer la faculté dont il s'agit; qu'on ne saurait rendre l'enfant victime de l'insouciance de quelques parents ou alliés (Toullier, no 1240; Proudhon, p. 478, t. 2; Zach., p. 243; Magnin, no 751). ∽ Tout revient, selon nous, à la question de savoir si le juge de paix

(1) Demolombe, nos 219, t. 8, et 280, t. 7; Favard, vo Émancipation, t. 2, p. 300.

peut, d'office, convoquer le conseil à l'effet de délibérer sur l'émancipation ; question que nous avons résolue affirmativement.

De quelle manière le curateur est nommé. — Sa responsabilité.

L'article 480 est le seul qui parle de la nomination d'un curateur; tous les autres supposent le curateur déjà nommé. (*V.* notamment les articles 482, 840 et 935.)—Il appartient à la doctrine de combler cette lacune.

Et d'abord, une première question se présente : la curatelle peut-elle être testamentaire; ou, ce qui revient au même, le père peut-il, en émancipant son enfant, lui nommer un curateur? La faculté conférée au dernier mourant des père et mère de nommer un tuteur à leurs enfants, soit par acte testamentaire, soit par une déclaration devant un officier public (397-398), est exorbitante du droit commun : or, aucun texte ne l'étend au cas de curatelle ; d'ailleurs, l'enfant parvenu à l'âge de l'émancipation est censé avoir un degré de raison qui doit rassurer sur son avenir ; il ne peut inspirer la même sollicitude que l'enfant encore en bas âge (1) : point de difficultés jusqu'ici.

Mais c'est une question controversée que celle de savoir si la curatelle peut être légitime. — Avant de l'examiner, écartons quelques points sur lesquels tout le monde est d'accord.

Nul doute que le mari soit de droit curateur de sa femme mineure. (*V.* p. 488.) Les articles 2208 et 506 C. civ. nous présenteraient au besoin un argument péremptoire : le premier porte que l'expropriation des immeubles de la femme qui ne sont point entrés en communauté, se poursuit contre le mari et la femme; or, évidemment, le mari est considéré, dans cet article, comme investi d'une sorte de curatelle.— Le deuxième déclare que le mari est de droit tuteur de sa femme interdite : les mêmes raisons de convenance sociale veulent qu'il soit son curateur lorsqu'elle n'a pas encore atteint sa majorité : il répugnerait aux bonnes mœurs que cette mission fût conférée à un étranger (2).

Mais nous rejetterons la proposition inverse : non-seulement la femme n'est pas investie par la loi de la curatelle de son mari mineur, mais encore le conseil de famille ne peut lui conférer cette mission; car le mari cesserait alors d'être le chef de l'union conjugale, ce qui serait subversif des règles du mariage (212-226) : ne serait-il pas étrange de renverser les rôles en plaçant le mari, à certains égards, sous la surveillance et sous la dépendance de sa femme ? — Vainement argumenterait-on de l'article 507 : l'interdiction suspend complétement l'exercice de la puissance paternelle et de la puissance maritale ; dès lors, il est conséquent de lever, en faveur de son épouse, l'incapacité qui frappe les femmes en général : mais la minorité ne produit pas cet effet.

(1) Zach., t. 1er, § 129; — Caen, 27 juin 1812; Limoges, 2 janvier 1821, Dev. Pal.

(2) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 440; Zach., p. 263; Vazeille, Mariage, t. 2, nº 349; Dur., nº 65, t. 2; nº 678, t. 3; — Cass., 13 janvier 1840, Dev., 1840, 1, 450; Pau, 11 mars 1811, Dev. Pal.

Au surplus, nous devons reconnaître que notre opinion n'est pas unanimement partagée ; plusieurs auteurs, tout en reconnaissant que la femme n'est pas de droit chargée de la curatelle, admettent néanmoins qu'elle peut être nommée par le conseil de famille.

On donne encore pour exemple de curatelle légitime, celle des hospices sur les enfants qu'ils ont recueillis : cette matière est réglée par le droit administratif.

Revenons à la question qui doit principalement nous occuper : celle de savoir si les père et mère ou autres ascendants sont de droit curateurs de leurs enfants ou de leurs petits-enfants émancipés.

Sur ce point, plusieurs opinions se sont élevées :

Première opinion : Il est rationnel d'appliquer à la curatelle toutes les règles établies sur le mode de nomination du tuteur : si les père et mère ou autres ascendants sont tuteurs de droit, on ne voit pas pourquoi ils ne viendraient pas au même titre remplir les fonctions bien moins importantes de curateur. — Le silence des auteurs du Code, en ce qui concerne la nomination du curateur, manifeste précisément de leur part la volonté de se référer aux règles de la tutelle :—il n'y a pas d'argument à tirer de l'article 480; car cet article est spécialement relatif au cas de reddition de compte : il est clair, dit Delvincourt, p. 131, n° 3, que l'ancien tuteur, si c'est lui qui est nommé curateur, ne peut assister le mineur émancipé dans la réception de son compte, puisque c'est lui-même qui rend ce compte : il faut bien alors nommer un curateur *ad hoc.* — Si la curatelle est conférée à un autre que le tuteur, il est tout simple que ce curateur étranger soit nommé par le conseil de famille.

Deuxième opinion : La curatelle légitime n'appartient de droit qu'aux père et mère; elle n'est pas étendue aux ascendants d'un degré supérieur. (Zach., p. 263)

Troisième opinion : Le père seul est curateur légal ; la mère, et même les autres ascendants, sont exclus.

Quatrième opinion : Le père est curateur légitime, si l'enfant est émancipé durant le mariage.— Quand l'émancipation a eu lieu depuis la dissolution du mariage, survenue par le prédécès de l'un des époux, le curateur est nécessairement datif : dans le premier cas, on ne saurait admettre qu'un père dont les actes n'étaient soumis à aucun contrôle (puisqu'il agissait comme investi de l'autorité paternelle), se trouvât tout à coup, par suite d'une émancipation qui ne peut émaner que de sa volonté, légalement réputé incapable d'assister son enfant — Mais, dans le deuxième, la position n'est plus la même : d'une part, le père ne jouissait pas d'un pouvoir aussi absolu, puisqu'il se trouvait soumis à la surveillance d'un subrogé tuteur ; d'autre part, il est tenu, comme tuteur, de rendre compte : par conséquent, la nomination d'un curateur devient indispensable.

Cinquième opinion : Le silence du Code sur la curatelle légitime démontre que, dans tous les cas, le curateur doit être nommé par le conseil de famille : on rentre dans le droit commun lorsque la loi n'établit pas de règle exceptionnelle. — L'examen des travaux préparatoires rend cette vérité plus évidente encore : l'article 84 du projet contenait un

alinéa ainsi conçu : « Les fonctions du curateur seront, dès le moment » de l'émancipation, remplies par celui qui était tuteur. » Cet article n'a pas été maintenu ; loin de là, le législateur a entendu que dans tous les cas le curateur serait nommé par le conseil de famille. Locré, (Législ., pag. 146 et 227) fait remarquer que la rédaction de l'art. 480 a eu précisément pour but de dissiper jusqu'au plus léger doute qui aurait pu s'élever encore à cet égard.

De ces cinq opinions, laquelle adopterons-nous? Selon Demolombe (nº 242), les trois premières doivent tomber devant cette considération, que la curatelle ne pourrait être légitime qu'en vertu d'un texte formel ; or ce texte n'existe pas. — La quatrième est également inadmissible ; car le survivant des père et mère *tuteur* est investi en même temps de la puissance paternelle : par conséquent, s'il est vrai que la curatelle légitime ne soit que la continuation plus affaiblie seulement des rapports qui résultent de cette autorité, il faut admettre ce motif, aussi bien lorsque l'un des époux est décédé que lorsque tous deux sont existants. — Il est inexact de dire qu'il n'y a point de conseil de famille du vivant des père et mère, et que le père n'a pas de compte à rendre lorsqu'il émancipe son enfant : d'une part, l'émancipation donne lieu à l'organisation d'un conseil de famille ; d'autre part, si l'enfant a des biens personnels, le père doit en rendre compte, puisqu'il en a eu l'administration légale.

Dans cet état de choses, nous admettrons avec notre judicieux auteur que la curatelle ne peut être que dative, sauf au conseil de famille à fixer son choix sur les père et mère ou ascendants ; ce qui arrivera presque toujours.

Le tuteur nommé pour recevoir le compte reste en charge jusqu'à la majorité du mineur (1).

Le juge de paix compétent pour présider le conseil de famille est celui du lieu où la tutelle s'est ouverte : le siége du conseil, ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois, reste invariable.

Les mêmes personnes qui ont qualité pour requérir la convocation du conseil, à l'effet de nommer un tuteur, peuvent provoquer la nomination du curateur : l'article 406 doit s'appliquer ici par analogie.

La curatelle, de même que la tutelle, est une charge publique. L'article 1370, il est vrai, ne cite parmi les fonctions qu'on ne peut refuser que celles du tuteur et autres *administrateurs :* cette dernière expression semble exclure les curateurs, puisqu'ils n'administrent pas ; mais, évidemment, la loi considère la curatelle comme un diminutif de la tutelle, comme répondant à un besoin social : dès lors, on doit présumer qu'elle entend rendre l'une et l'autre charges également obligatoires.

Par suite, nous déciderons que le curateur est soumis aux mêmes causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution que le tuteur. (*Voyez* d'ailleurs les articles 34 et 42 du Code pénal.)

(1) Dur., nº 678, t. 3; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 440; Fréminville, t. 2, nº 1044; Demolombe, nºs 936 et suiv.

Il semble rationnel de lui accorder le droit d'invoquer les mêmes causes d'excuse : néanmoins, comme on ne trouve aucun texte formel qui consacre cette extension, nous pensons qu'il appartient au conseil de famille d'apprécier les motifs allégués (1).

On ne peut nommer qu'un seul curateur.

Il n'y a pas de subrogé curateur, bien entendu, puisque le curateur n'administre pas.

Le curateur a pour mission de donner des conseils au mineur dans toutes les positions où il peut se trouver, et spécialement de l'assister dans certains actes importants.

Observons surtout que le devoir du curateur se borne à une simple *assistance;* de là il suit :

1° Que tous les actes postérieurs à l'émancipation sont passés au nom du mineur, et que toutes les demandes introductives d'instance doivent être formées par lui ou dirigées contre lui, à peine de nullité. — Sous ce rapport, la position du curateur diffère essentiellement de celle du tuteur, lequel représente le mineur dans tous les actes ;

2° Que ses biens ne sont pas frappés d'hypothèque légale comme ceux du tuteur : peu importe qu'il ait touché diverses sommes, et que, par suite, il se soit rendu comptable : cette circonstance accidentelle ne fera pas naître d'hypothèque ; car le curateur aura géré plutôt comme mandataire que comme administrateur.

Que décider, si le curateur refuse son concours au mineur qui veut agir? On comprend que ce refus ne peut avoir pour résultat de paralyser absolument dans la personne du mineur l'exercice de ses droits.— En pareil cas, nous avons vu que la femme mariée pourrait s'adresser à la justice (218); que la mère, tutrice légale soumise à un conseil (article 391), peut se pourvoir devant le conseil de famille ; — nous verrons que la même voie est ouverte à l'individu soumis à un conseil judiciaire (2). —Ces espèces ont une parfaite analogie avec celle qui nous occupe ; il est conséquent d'admettre la même solution : ainsi, le conseil de famille nommera un curateur *ad hoc;* le refus, s'il n'est fondé sur aucune bonne raison, pourra même donner lieu au remplacement du curateur.

Maintenant que faut-il décider dans le cas inverse, c'est-à-dire, si le curateur pense qu'il y a lieu d'agir, tandis que le mineur s'y refuse? par exemple, si ce dernier n'exerce aucune poursuite contre un débiteur qu'on lui signale comme étant sur le point de devenir insolvable; ou s'il néglige de faire des réparations d'entretien devenues indispensables? La loi n'offre aucun moyen de vaincre cette résistance : c'est le mineur qui gouverne ses affaires ; le curateur n'a qu'une mission d'*assistance;* cette mission ne comporte point le droit d'agir. —Du reste, l'inconvénient n'est pas aussi grave qu'il paraît l'être au premier abord; car la loi prend soin de protéger le mineur émancipé contre les résultats

(1) Zach., p. 262, t. 1er; Demolombe, nos 249 et 250.

(2) Orléans, 15 mai 1847, Dev., 1847, 2, 567.

de son inaction ou de son inexpérience, quand il s'agit d'actes importants: ainsi, la prescription ne court pas contre les mineurs (2252).—Le mineur émancipé ne peut, sans l'assistance de son curateur, recevoir un capital (513), ni introduire une action immobilière (482). — Il est même admis que le curateur peut, en cette qualité, comme investi d'une mission d'assistance, former opposition au jugement par défaut rendu contre le mineur émancipé (1).

S'il arrive qu'il ait, dans une circonstance donnée, des intérêts opposés à ceux du mineur, le tribunal nomme un curateur *ad hoc*. (Arg. de l'art. 2208.)

En cas de négligence, le curateur peut être poursuivi en réparation du dommage qu'il a causé au mineur, si elle est assez grave pour engendrer contre lui une responsabilité (2). C'est là une règle applicable à tous mandataires.

La curatelle cesse (comme la tutelle) de deux manières : *ex parte curatoris*, c'est-à-dire, si le curateur décède, s'il est exclu, destitué ou excusé;—*ex parte minoris*, savoir : par la mort du mineur ; lorsqu'il est parvenu à sa majorité, ou lorsqu'il a été privé du bénéfice de l'émancipation par l'effet de la réduction de ses engagements.

Effets de l'émancipation.

Nous considérerons les effets de l'émancipation sous deux principaux rapports : relativement à la personne du mineur, relativement à ses biens.

Effets de l'émancipation quant à la personne.

L'émancipation affranchit l'enfant, non-seulement de l'autorité tutélaire (450-468), mais encore de la puissance paternelle proprement dite, c'est-à-dire, du pouvoir d'éducation et de direction que les père et mère exerçaient sur lui (372 et 375) : en conséquence, il peut faire choix d'un domicile, louer ses services en qualité de domestique, entreprendre une industrie (sauf l'observation des règles prescrites par l'article 2 du Code de commerce); en un mot, employer son temps comme bon lui semble.

Mais il est toujours tenu, sous certaines distinctions, d'obtenir le consentement de son père, de ses ascendants ou de son conseil de famille, pour se marier, pour se donner en adoption (346), ou pour s'imposer des liens religieux (décrets du 18 février 1809, art. 7, et du 28 février 1810, art. 7).

La question de savoir si le mineur émancipé peut contracter un engagement militaire est même controversée : d'une part, on argumente

(1) Demolombe, nos 315 et suiv., t. 8; — Cass., 8 décembre 1841, Dev., 1841, 1, 60; 27 décembre 1843, Dev., 1844, 1, 346. — Ces arrêts ont statué ainsi pour le cas de prodigalité; mais il y a parfaite analogie avec notre espèce.

(2) Dur., no 680, t. 3; Zach., t. 1er, p. 261; Demolombe, nos 257 et 258, t. 8; nos 102 et 391, t. 7.

de l'article 32 de la loi du 21 mars 1832, lequel déclare que l'engagé volontaire, s'il a moins de 20 ans, doit justifier du consentement de ses père et mère ou tuteur, et que ce dernier, pour donner un consentement valable, doit lui-même avoir obtenu l'autorisation du conseil de famille : cet article, en effet, s'attache à la condition de l'âge, sans distinguer entre les enfants émancipés et ceux qui ne le sont pas (1).—Quoi qu'il en soit, cette distinction nous paraît être dans son esprit et même dans sa lettre : d'une part, l'article 374, disposition que la loi précitée a pour unique objet de modifier, suppose que l'enfant est encore soumis à la puissance paternelle; d'autre part, la loi de 1832 exige que le mineur ait obtenu le consentement de *son tuteur :* or, l'enfant émancipé se trouve affranchi de la puissance paternelle et de l'autorité tutélaire; par conséquent, cette loi ne peut lui être appliquée. Assurément, un engagement volontaire peut avoir pour l'enfant des conséquences qui rejailliront sur sa vie entière : mais enfin la grande considération de l'intérêt public doit l'emporter; elle tient en échec, dit Demolombe (nos 264 et suiv.), la puissance paternelle et la puissance tutélaire. (*V.* aussi Zach., p. 264.)

L'émancipation produit les mêmes effets, qu'elle ait lieu expressément ou qu'elle résulte du mariage.—Il faut toutefois observer que la femme passe, lorsqu'elle se marie, de l'autorité paternelle ou tutélaire sous la puissance maritale.

Effets de l'émancipation relativement aux biens.

Ainsi que nous l'avons déjà dit, pour déterminer la position du mineur émancipé, le législateur a divisé les actes, eu égard à leur degré d'importance : mais on lui reproche son laconisme, et même, en certains cas, d'avoir manqué de précision. Le silence absolu qu'il a gardé sur l'émancipation tacite, en ce qui concerne la femme, est regrettable; il faut se référer, à cet égard, aux règles établies sur le contrat de mariage :

Ainsi, les époux sont-ils communs en biens, la femme n'acquerra, par le fait, aucune capacité nouvelle, puisqu'en qualité de commune, elle se trouvera privée du droit d'administration que l'émancipation lui aurait donné (1428). — Sont-ils séparés de biens, elle pourra passer les baux dont la durée n'excédera pas neuf années (481), et faire les actes qui ne sont que de pure administration (1536).—Pour tous autres actes, elle devra être assistée de son mari (1538) : la mission du curateur se confond alors, en ce qui concerne ce dernier, avec l'autorité maritale. —Du reste, l'émancipation produit ses effets ordinaires.

Il est des actes que le mineur émancipé peut faire seul, — d'autres pour lesquels il doit être assisté, — d'autres pour lesquels il est assimilé au mineur en tutelle, — d'autres qui lui sont interdits.

(1) Dur., nos 650 et 663, t. 3; Fréminville, no 1038.

Actes que le mineur émancipé peut faire sans l'assistance de son curateur.

481 — Le mineur émancipé passera les baux dont la durée n'excédera point neuf ans; il recevra ses revenus, en donnera décharge, et fera tous les actes qui ne sont que de pure administration, sans être restituable (1) contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même.

= Pour savoir ce qu'on entend ici par actes de *pure administration*, il faut remonter à quelques notions générales :

Les biens, considérés sous le rapport de l'usage auquel ils sont destinés, sont de deux sortes : les uns constituent le fonds du patrimoine : tels sont les immeubles, les capitaux placés ou destinés à l'être, et les meubles d'une grande valeur, tels que les collections de tableaux, les bibliothèques, etc.—Les autres sont destinés, soit à être consommés, soit à l'usage personnel du propriétaire : tels sont les revenus des biens, les meubles affectés au service de la maison.—Or, l'intention du législateur a été de soustraire à la disposition du mineur émancipé les actes qui peuvent porter atteinte au fonds du patrimoine, et de lui accorder la faculté de faire les actes de jouissance et d'entretien, c'est-à-dire, ceux qui sont relatifs soit à la tenue de sa personne et de sa maison, soit à l'exercice d'un travail ou d'une industrie quelconque.

Il faut donc se garder de confondre cette expression : *pure* administration, avec celle-ci : *libre* administration (1449) : *pure* est moins que *libre;* le mot *pure* emporte *l'idée* d'une restriction spéciale; le mot *libre* emporte, au contraire, celle d'une extension : tels actes permis à ceux qui ont la libre administration, ne le sont pas à ceux qui n'ont que la pure administration : par exemple, après avoir dit que la femme séparée a la *libre* administration, l'article 1449 lui reconnaît immédiatement le droit de disposer même d'un capital mobilier. — Il n'en est pas ainsi à l'égard du mineur émancipé : la loi détermine, par un exemple, les actes qu'il peut faire, et manifeste dans la phrase suivante la pensée de restreindre sa capacité.—En outre, nous avons fait remarquer que les pouvoirs du mineur émancipé sont, sous certains rapports, moins étendus que ceux du tuteur (*voy.* page 486) : ce dernier, de même que la femme, est investi de la *libre* administration.

Ces préliminaires établis, déterminons les droits du mineur émancipé :

Il peut toucher ses revenus, qu'ils proviennent de ses immeubles ou de ses capitaux placés; donner décharge des payements qui lui sont faits; vendre ses récoltes, ses denrées, la pêche de ses étangs, même les coupes ordinaires de bois taillis ou de futaies, et en rece-

(1) *Restituer* quelqu'un, c'est le remplacer dans l'état où il était avant d'avoir contracté. A Rome, le préteur restituait les mineurs de 25 ans contre les actes qui leur étaient dommageables : le Code proscrit cette règle, quant aux actes de pure administration.

voir le prix, puisque ces sortes de biens constituent des revenus;—il peut employer toutes les mesures nécessaires pour rendre ses immeubles productifs, et par conséquent les exploiter par lui-même, ou les louer : —mais il ne pourrait, sans l'assistance de son curateur, consentir des baux dont la durée dépasserait neuf années (art. 1429-1718).—Pour le renouvellement des baux, appliquez l'article 1430. —Il peut acheter des meubles à son usage, soit au comptant, soit en contractant des obligations personnelles, sauf réduction en cas d'excès (484);—disposer, ainsi qu'il le juge convenable, de ces mêmes biens (Demolombe, n° 278), et, dès lors, si quelques difficultés s'élèvent à leur occasion, compromettre ou transiger (1); — il peut faire toutes réparations d'entretien ; nous ne voyons pas même ce qui s'opposerait à ce qu'il fît, avec ses économies, des travaux d'amélioration et des grosses réparations : (voy. *infrà*, *questions*); — il peut exercer toutes actions mobilières, soit en demandant, soit en défendant; toutefois, ainsi que nous l'établirons sous l'art. 482, avec l'assistance de son curateur, quand il s'agit d'un capital; exercer tous actes conservatoires; renouveler ses inscriptions hypothécaires; former des oppositions, des saisies, etc.

Le mineur est réputé majeur pour les actes qu'il a faits dans cette limite; en conséquence, il n'est restituable contre ses engagements que pour cause de violence, de dol ou d'erreur (1111, 1116, 1304). — Lorsqu'il s'agit d'actes qui excèdent sa capacité, il peut invoquer la lésion, ainsi que nous le verrons (p. 508 et suiv.).

— Le mineur émancipé pourrait-il, par anticipation, recevoir ses loyers et fermages? ∿ C'est là, dit Magnin, un acte d'administration : un majeur ne serait pas restituable contre un tel payement. ∿ Nous croyons, au contraire, que cet acte excéderait les pouvoirs du mineur; car il aurait ainsi le moyen de dévorer par avance les ressources de l'avenir : sans doute, il reçoit ses revenus; mais les revenus se perçoivent au fur et à mesure des échéances : dans notre espèce, il recevrait un capital. — Si le preneur veut se libérer par anticipation, il doit faire intervenir le curateur (Demolombe, n°s 273 et 274; Fréminville, n° 1047, t. 2; Troplong, Louage, art. 1718; — Poitiers, 5 mars 1823, Dev. Pal.).

Pourrait-il consentir une hypothèque pour sûreté d'une obligation personnelle qu'il aurait contractée dans les limites d'une pure administration? ∿ Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : tous les biens d'un débiteur sont affectés au payement des obligations personnelles qu'il a contractées (2092); l'hypothèque conventionnelle n'est, en définitive, qu'une affectation spéciale, ce qui est moins onéreux qu'une hypothèque générale que pourrait prendre le créancier, en vertu d'une condamnation judiciaire qu'il obtiendrait facilement, si la dette n'était point payée à l'époque de l'exigibilité.—Il n'est point vrai de dire que l'hypothèque spéciale renferme le germe d'une aliénation ; c'est dans l'obligation elle-même que se trouve ce germe : l'hypothèque conventionnelle est un accessoire, une sûreté de l'obligation, un mode d'affectation; elle rend cette affectation directe, rien de plus : — la saisie et la vente n'ont pas lieu en vertu de l'hypothèque, mais en vertu de l'obligation. — Cette vérité devient plus évidente

(1) Dur., n°s 661 et 668; Zach., p. 265, t. 1er; Troplong, v° Arbitre, art. 3 et 4, n° 85; Demolombe, n° 282, t. 8; n°s 159 et 160, t. 4; Toullier, n° 1298 Magnin, n° 795; Locré, p. 257.

encore, si l'on jette les yeux sur les articles 2101, 2104 et 2105 : il résulte, en effet, de ces dispositions que les créances privilégiées sur la généralité des meubles viennent également par privilége sur les immeubles, même avant les priviléges spéciaux : or, le mineur est soumis à ces priviléges comme tous autres débiteurs ; — il faut donc se borner à rechercher, en matière de constitution d'hypothèque, si l'engagement qu'il a contracté est valable ; l'accessoire suit alors le sort du principal. — On trouve encore un argument puissant dans l'article 6 du Code de commerce : cet article permet au mineur commerçant de s'obliger, et, comme conséquence, d'hypothéquer ses immeubles, quoiqu'il ne puisse les aliéner directement : il distingue ainsi l'hypothèque de l'aliénation.—On objecte que l'hypothèque nuit au crédit du débiteur ; peu importe : ne vaut-il pas mieux faire connaître sa position réelle, que de leurrer ses créanciers par une solvabilité apparente ?—D'ailleurs, si l'hypothèque altère le crédit du mineur sous un rapport, elle est pour lui, sous un autre rapport, d'un grand secours, puisqu'il a, par ce moyen, la faculté d'obtenir immédiatement des fonds. — On peut même dire qu'elle cause un plus grave préjudice à ses créanciers qu'à lui-même, car ces derniers se trouveront privés, par cette affectation spéciale, d'un gage de leur créance (2092) (1).—Enfin, on donne pour raison que l'article 484 ne place point l'hypothèque au nombre des actes que le mineur émancipé ne peut faire sans observer les formes prescrites pour les mineurs non émancipés.

Quoi qu'il en soit, les textes, les principes et l'intérêt du mineur s'élèvent contre cette doctrine : — elle est contraire aux *textes* : en effet, aux termes de l'article 2124, l'hypothèque ne peut être valablement consentie que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent ; or, le mineur émancipé ne peut aliéner ses immeubles. — L'article 2126 est tout aussi explicite : il déclare que les biens *du mineur* ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements ; cet article ne distingue pas si les mineurs sont émancipés ou s'ils se trouvent en tutelle : qu'importe, dès lors, que l'article 484 ait gardé le silence sur la constitution d'hypothèque ; il est des actes tout aussi importants qui ne s'y trouvent pas non plus mentionnés : tels que la transaction, l'acceptation ou la répudiation d'une succession : conclura-t-on de ce silence qu'ils peuvent être faits par le mineur? — D'ailleurs, on réfute l'argument par ces termes mêmes de l'article 484 : *ne pourra faire aucun acte autre que ceux de pure administration sans observer les formes*, etc.—Elle est contraire *aux principes*, car autre chose est l'obligation, autre chose est l'hypothèque : l'hypothèque est soumise, pour sa validité, à des formes spéciales ; l'obligation résulte du consentement : par conséquent, celle que le mineur a contractée produit son effet, pourvu qu'elle n'excède pas les bornes d'une simple administration. Certes, nul n'a jamais songé à comprendre l'hypothèque parmi les actes d'administration : — l'hypothèque est un droit réel ; l'obligation n'engage que la personne.—S'il était vrai que la capacité d'hypothéquer fût une conséquence nécessaire de celle de s'obliger, il faudrait accorder la même faculté même au mineur non émancipé, puisqu'il s'oblige quand il s'enrichit aux dépens d'autrui, ou quand il commet un délit ou un quasi-délit (art. 1310) : or, cela n'est pas admissible. — Quant à l'argument tiré des articles 2101, 2104 et 2105, il est insignifiant : on peut se borner à répondre que c'est la loi qui constitue le privilége, et non la volonté de l'homme.—De ce qu'un tuteur peut contracter, dans l'intérêt du mineur, des obligations de la nature de celles dont il

(1) Delv., p. 154, n° 5; Locré, p. 354, t. 6; Toullier, n° 1298; Dur., t. 3, n° 673, et t. 19, n° 347; Zach., t. 1er, p. 265; Chardon, Puiss. tut., t. 3, n° 579; Nîmes, 12 juin 1821; D., Tutelle, chap. 3; Dev. Pal.

est parlé dans les articles 2101 et 2102, s'ensuit-il qu'il puisse grever d'hypothèques les biens du mineur? — On nous oppose en outre les termes de l'art. 2 du Code de commerce, relatif au mineur émancipé : cette disposition, fondée sur l'intérêt du commerce, est exceptionnelle; aussi a-t-elle nécessité un texte spécial. — Enfin, la doctrine que nous combattons est contraire *à l'intérêt du mineur*, car elle nuit à son crédit, quoi qu'on en dise, et entrave la transmission de ses biens. — Sans doute un créancier peut, à défaut de payement, à l'époque de l'exigibilité, obtenir un jugement et prendre hypothèque sur tous les biens de son débiteur : mais cette hypothèque ne s'obtient qu'à défaut de payement à échéance; tandis que l'hypothèque conventionnelle se constitue à l'instant même, par contrat, avant que l'on sache si la dette contractée sera payée. — Ajoutons que le mineur trouve devant les tribunaux des garanties dont il ne jouit pas lorsqu'il est partie dans un contrat; car le ministère public donne des conclusions (1).

Le mineur émancipé peut-il faire seul des acquisitions d'immeubles? — D'une part, on dit que ces sortes d'actes ne lui sont pas interdits, mais qu'il y a lieu à réduction en cas d'excès, conformément à la règle de l'article 484 (2). — D'autre part, on répond que les pouvoirs du mineur émancipé sont restreints aux actes de *pure administration*, et qu'on ne peut ranger dans cette catégorie les actes dont il s'agit (3). — Ces deux opinions sont trop absolues; il faut distinguer : ou il s'agit d'économies faites par le mineur sur ses revenus, et alors il peut les employer comme bon lui semble, puisqu'il aurait pu les dissiper; ou les fonds proviennent d'un capital remboursé; par exemple, d'une rente, d'une créance, et, en ce cas, il ne peut les placer en acquisition d'immeubles qu'avec l'assistance et sous la surveillance de son curateur (Demolombe, n° 293).

Appliquez cette distinction au cas où il s'agirait de travaux d'amélioration, de grosses réparations, ou autres actes qui dépasseraient les limites d'une pure administration (Demolombe, n° 294).

Actes pour lesquels l'assistance d'un curateur est nécessaire, mais suffisante.

480 — Le compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé, assisté d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de famille.

= Avec l'*assistance* d'un curateur, l'émancipé peut recevoir son compte, même à l'amiable; l'intervention de la justice n'est pas prescrite. (*Voy.* p. 462.)

La loi dit *d'un curateur;* elle ne dit pas *de son* curateur : concluronsnous de là qu'il faut nécessairement donner au mineur un curateur

(1) Troplong, Hyp., n° 483; Fréminville, n° 1875; Merlin, Rép., v° Hyp., sect. 1re, § 2; Quest., v° Hyp., § 4; Proudhon-Valette, p. 435-437; Duvergier sur Toullier, n° 1298; Grenier, Hyp., n° 37; Magnin, n° 1270; Fréminville, n° 1075; Demolombe, n° 290, t. 8; n° 162, t. 4; — Nancy, 1er mai 1812, Dev. Pal.; Cass., 15 décembre 1832, Dev., 1833, 1, 687; Cass., 19 juin 1830, Dal., 1830, 1, 308.

(2) Zach., t. 1er, p. 265; — Colmar, 31 janvier 1826. Dev. Pal.; Cass., 15 décembre 1832, D., 1833, 1, 133, Pal.

(3) Troplong, Vente, t. 1er, n° 167; — Rouen, 24 juin 1819, Dev. Pal.

ad hoc pour l'assister dans la reddition du compte? Cette nomination doit avoir lieu, s'il arrive que le tuteur soit appelé à la curatelle ; car *nemo potest esse actor in rem suam :* la mission du curateur expire alors avec la clôture du compte. — Dans le cas contraire, le curateur nommé pour assister le mineur jusqu'à sa majorité, est ordinairement celui qui comparaît au compte de tutelle (Delv., p. 128, n° 4 ; p. 131, n° 3).

482 — Il ne pourra intenter une action immobilière, ni y défendre, même recevoir et donner décharge d'un capital mobilier, sans l'assistance de son curateur, qui, au dernier cas, surveillera l'emploi du capital reçu.

= Le mineur doit être assisté de son curateur, pour intenter une action immobilière, et même pour y défendre : le demandeur ne pourrait donc obtenir de jugement par défaut, si le curateur n'avait pas été mis en cause ; car la procédure ne serait pas régulière (1).

Puisque la loi n'exige l'assistance du curateur que pour les actions immobilières, on est fondé à conclure que le mineur émancipé peut plaider seul, soit en demandant, soit en défendant, pour ce qui est relatif à ses droits mobiliers, qu'il peut exercer seul (2).—Vainement alléguerait-on que ce serait là pour lui un moyen indirect d'hypothéquer (3), puisqu'en se défendant mal, il pourrait laisser prendre un jugement, ce qui soumettrait ses biens à une hypothèque judiciaire : la loi ne lui interdit que les hypothèques conventionnelles ; d'ailleurs, il s'agit ici d'une disposition restrictive.

Mais nous admettrons que le curateur doit être mis en cause, lorsque l'action a pour objet une chose dont le mineur ne peut disposer; par exemple, un capital (4).

Quelques auteurs décident qu'une autorisation du conseil de famille est indispensable, pour que le mineur puisse introduire une action immobilière : l'article 484, disent-ils, pose en principe qu'il ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé : or, l'article 482 ne porte point que l'assistance du curateur suffira pour introduire une action immobilière (5). — Cette opinion est évidemment contraire à l'esprit et au texte de la loi : l'article 484 contient assurément une règle générale ; mais l'effet de cette règle est modifié par l'article 482 ; or, ce dernier article ne prescrit que l'assistance du curateur : il serait contradictoire que le mineur émancipé eût le droit de provoquer un partage avec la seule assistance de son cura-

(1) Merlin, Rép., v° Curateur, n° 8; v° Appel, sect. 1re, § 5, n° 9; Zach., p. 266.
(2) Toullier, n° 1296; Proudhon, p. 257.
(3) Magnin, n° 375; Malleville.
(4) Dur., no 669; Delv., p. 131, n° 5; Demolombe, nos 285 et suiv.
(5) Delv., p. 126, n° 5; Proudhon, t. 2, p. 434.

teur (840), et qu'il eût besoin de l'autorisation du conseil de famille pour intenter une action immobilière (1).

On peut s'étonner que l'autorisation du conseil ne soit point requise, lorsqu'il s'agit d'une action en partage; car cette opération constitue un véritable échange, un acte d'aliénation, par conséquent : mais l'article 840 déclare, d'une manière générale, que le partage fait par les mineurs émancipés assistés de leur curateur est définitif, sans distinguer s'ils sont demandeurs ou défendeurs; d'où il résulte, ainsi que nous avons eu occasion déjà de le faire observer (p. 486), que, par une étrange bizarrerie, les mineurs émancipés, qui, en règle générale, ont des pouvoirs plus restreints que le tuteur, se trouvent, quand il s'agit d'un partage, en avoir de plus étendus : enfin la loi est formelle (2).

Du reste, l'assistance du curateur nous paraît être de rigueur, que les biens à partager soient meubles ou immeubles; car l'article 840 ne distingue pas : le législateur a sans doute considéré que cette opération peut avoir pour objet des universalités de meubles, des capitaux, etc., et que souvent elle soulève des contestations graves.

Puisque le mineur peut, avec la seule assistance de son curateur, intenter ou défendre à une action immobilière, il faut admettre que la faculté d'acquiescer à cette action lui est implicitement conférée sous la même condition : en effet, l'acquiescement n'est qu'une suite de l'instance introduite; il a pour unique objet d'épargner des frais (3).

Toutefois, les parties agiront prudemment en se procurant, pour cet acte important, une autorisation du conseil de famille (Dur., n° 690, t. 3).

Le mineur, porte notre article, doit être assisté de son curateur pour recevoir et donner quittance d'un *capital* mobilier.

Et d'abord, que faut-il entendre par *capital?* On comprend sous cette dénomination toute somme due ou payée à tout autre titre que celui d'intérêts, d'arrérages ou de fruits; il faut donc s'attacher au principe de la créance : — a-t-elle pour cause des revenus, le mineur peut en toucher le montant sans l'assistance de son curateur; a-t-elle une autre cause, cette assistance lui est nécessaire : tel est le principe. — Nous supposons, bien entendu, que la somme a une certaine importance, relativement à la fortune du mineur; autrement, on tomberait dans l'absurde : il s'agit d'une question de fait; les tribunaux prononcent eu égard aux circonstances.

Pourquoi cette expression : *capital mobilier?* Est-ce que tous les capitaux ne sont pas meubles? Non sans doute : ainsi, lorsque l'art. 482 a été décrété, l'article 529 n'existait pas encore; par conséquent, on ignorait si les rentes dites *perpétuelles*, qui autrefois étaient répu-

(1) Dur., n°s 689 et 690, t. 3; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 434; Demolombe, n° 304; Fréminville, n° 1058.

(2) Malleville, t 2, p. 315; Chabot, Succes., art. 817, n° 3; 840, n° 4; Toullier, n° 407, t. 4; Vaz., Succ., art. 840, n° 2; Zach., p. 266; Val. sur Proudhon, p. 434; Dur., n° 691. *Voy.* cep. Magnin, t. 2, n° 980; Delv., t. 2, p. 347.

(3) Demolombe, n° 307; — Cass., 27 mars 1852, Dev., 1852. 1. 398.

tées immeubles, seraient mobilisées. —De nos jours, cette expression a encore un sens ; car il est permis d'immobiliser certains capitaux, tels que les rentes sur l'État, les actions de la banque de France, celles de la compagnie des canaux. (*Voy.* les décrets du 16 janvier et du 1er mars 1808, et du 16 mars 1810.) Le mineur ne pourrait donc, avec la seule assistance de son curateur, recevoir ou transférer les capitaux provenant de cette source : il faudrait observer la règle de l'article 484.

Le mineur pourrait-il recevoir seul le montant d'un capital provenant d'économies faites sur ses revenus? Spécialement, pourrait-il aliéner seul, sans aucune conditions ni formalités, l'immeuble qu'il aurait acheté avec leur produit accumulé?—Quelques auteurs se prononcent d'une manière absolue pour l'affirmative, par ce motif qu'il faut encourager chez le mineur les goûts d'ordre : les économies, disent-ils, bien que capitalisées, ne perdent pas le caractère de revenus (1).— D'autres lui accordent le droit de recevoir seul ses capitaux; mais, suivant eux, il ne peut aliéner les immeubles qu'en observant les formes prescrites par l'article 484.—Nous irons plus loin; dès le moment où les sommes ainsi accumulées sont assez importantes pour constituer un capital, l'article 482, disposition conçue en termes absolus, devient applicable: la plupart des capitaux, en effet, ont l'économie pour origine; le mineur a d'autant plus de titre à la protection de la loi, que sa conduite a été plus méritoire : il importe de le mettre à l'abri des piéges que la cupidité ne manque jamais de tendre à l'inexpérience; on l'encouragera bien plus au travail et à l'économie en prenant des mesures pour la conservation de ses épargnes, qu'en lui laissant la facilité de les dissiper (2).

La loi a sagement imposé au curateur l'obligation de surveiller l'emploi des capitaux remboursés; car telle est leur destination : il serait à craindre, en effet, que le mineur ne se laissât trop facilement entraîner à des actes de légèreté.

Cette surveillance, il faut le reconnaître, présente des difficultés lorsque le mineur a reçu les fonds ; car il suffit d'un seul instant pour les perdre : mais le curateur évitera ce danger, en ne signant la quittance que sous la condition qu'ils recevront immédiatement une destination ; qu'ils passeront directement des mains du débiteur qui se libère, dans celles d'un emprunteur; et, au besoin, qu'ils seront déposés provisoirement à la caisse des consignations (3).

Quant au débiteur, il n'est pas tenu de surveiller l'emploi des fonds; la loi ne lui impose pas cette obligation : il se libère valablement en payant entre les mains du mineur assisté de son curateur.

Les actes déterminés par l'article 482 ne sont pas les seuls pour lesquels l'assistance du curateur est requise : le mineur ne peut accepter

(1) Toullier, nos 1296 et 1298; Delv., p. 133, no 3.

(2) Proudhon et Valette, t. 2, p. 433; Dur., t. 3, no 683; Zach., p. 266, t. 1er; Demolombe, nos 299 et 325; Duvergier sur Toullier, no 1296.

(3) Malleville sur l'article 382: Toullier, no 1297.

valablement une donation (935) ou un legs que sous cette condition; — enfin, il résulte de la loi du 24 mars 1806 qu'il ne peut, sans être assisté, transférer les rentes sur l'État de 50 fr. ou au-dessous. La même décision s'applique aux actions de la banque de France. (Décret du 25 septembre 1813.) — Au-dessus de ce chiffre, il faut une autorisation du conseil de famille.

Les mêmes règles sont applicables, lorsqu'il s'agit du transfert d'actions dans les compagnies de finances ou d'industrie, et même de cessions de rentes sur particuliers (voy. *suprà*, p. 403) (1).

Nous pensons que le curateur est responsable envers le mineur, si on peut lui imputer une négligence grave dans l'accomplissement du devoir de surveillance qui lui est imposé (1382 et 1383). — Sa position, sous ce rapport, est celle de tout mandataire qui ne remplit pas son mandat (2).

Dans tous les cas, le mineur ne pourrait exercer de recours, à raison de l'emploi qu'il aurait fait de ses fonds sans être assisté, qu'autant qu'il résulterait pour lui, de cet emploi, une lésion ou un préjudice quelconque (1305).

Actes pour lesquels le mineur émancipé est assimilé au mineur en tutelle.

483 — Le mineur émancipé ne pourra faire d'emprunts, sous aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur de la République.

— Le mineur émancipé ne peut emprunter en aucun cas, pour aucune cause, *sous aucun prétexte*, lors même qu'il s'agirait de faire un acte d'administration, pas même jusqu'à concurrence d'une année de ses revenus (3); autrement, il contracterait envers différentes personnes des dettes qui, prises isolément, seraient inférieures aux revenus annuels, mais qui, réunies, les excéderaient considérablement; — la loi veut protéger le mineur émancipé, même dans les limites de sa capacité restreinte : elle a redouté pour lui le danger des surprises (4). (Fenet, t. 10, p. 565.)

(1) Demolombe, no 310; — Cass., 13 janvier 1840, Dev., 1840, 2, 449. *Voy.* cep. Dur., no 688.

(2) Dur., nos 680 et suiv.; Magnin, nos 761 et 762; Delv., p. 131, no 4; Zach., t. 1er, p. 128; Locré, p. 379, t. 6; Duvergier sur Toullier, no 1297; Demolombe, no 303; Fréminville, no 1064.

(3) Delv., p. 136, no 5; Toullier, no 1298; Demolombe, no 320.

(4) Au premier abord on n'entrevoit point l'utilité de l'article 483 lorsqu'on le rapproche des termes du premier alinéa de l'article 484; dès le moment où le mineur émancipé ne peut faire aucun acte autre que ceux de *pure administration*, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé, il est clair qu'il ne peut emprunter. Tout s'explique par une raison historique : l'article 484 n'existait pas dans le projet; l'article 483 était le seul qui réglât les droits du mineur quant aux actes qu'il ne pouvait faire même avec l'assistance d'un curateur, et il ne

Mais ne concluons pas de ces mots : *sous aucun prétexte*, que le mineur émancipé ne puisse contracter un emprunt lorsque des circonstances impérieuses l'exigent; car l'excès de précaution lui deviendrait alors funeste : l'article 483 doit être combiné avec l'article 484, lequel place les mineurs émancipés sur la même ligne que les mineurs non émancipés pour les actes qui dépassent les limites d'une pure administration. Nul doute que le mineur peut emprunter, en vertu d'une autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal (et, bien entendu, avec l'assistance de son curateur), lorsqu'il y a *nécessité absolue* ou *avantage évident*.—Suivant quelques jurisconsultes, il suffit même que les projets du mineur paraissent réfléchis et présentent l'espérance fondée d'un avantage (1). Nous n'admettrons pas ce tempérament : s'il n'a pas été fait mention dans notre article des conditions exigées par l'article 457, c'est uniquement parce qu'on avait en vue d'écarter l'avis émis par certaines personnes d'autoriser le mineur émancipé à faire des emprunts pour ce qui regarderait l'administration : de là ces termes de l'article, *sous aucun prétexte :* mais il est certain que l'article 483 ne modifie pas l'article 457 : les mineurs émancipés ont droit, quand il s'agit de leurs immeubles, à la même protection que les mineurs non émancipés.

Si les formalités dont il s'agit avaient été négligées, le mineur ne serait tenu de rembourser les sommes prêtées, que jusqu'à concurrence du profit qu'il en aurait retiré ; ce serait au prêteur à justifier de l'utilité de l'emploi (Dur., n° 696).

Malgré les termes absolus de notre article, on ne peut admettre, cependant, que la loi veuille interdire au mineur la faculté de faire, dans un cas urgent, des emprunts de sommes modiques nécessaires pour les besoins de la vie. — Le mot *emprunt* s'entend ici d'une somme qui peut être considérée, à raison de son importance, comme formant un capital : tout, en pareille matière, est relatif; les tribunaux sont appréciateurs des circonstances : en cas d'excès, ils réduiront (484) (2).

484 — Il ne pourra non plus vendre (3) ni aliéner ses immeubles, ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration (4), sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé.

A l'égard des obligations qu'il aurait contractées par voie d'achats ou autrement, elles seront réductibles en cas d'excès :

prévoyait que le cas d'emprunt. On l'a maintenu néanmoins peut-être pour qu'il fût bien entendu que les emprunts, ce fléau de l'inexpérience, étaient interdits au mineur émancipé, sous quelque prétexte que ce fût. Du reste, on aurait dû réunir les dispositions des articles 483 et 484 dans un seul et même article. (Locré, Législ., t. 7, p. 210; Demolombe, n° 319.)

(1) Locré, p. 353, t. 6; Toullier, n° 1298; Zach., p. 267.

(2) Dur., n° 670; Toullier, n° 1206; Locré sur l'article 484; Proudhon, t. 2, p. 262.

(3) Il suffisait de dire *aliéner*.

(4) Expression impropre : l'assistance du curateur suffit pour recevoir un compte de tutelle un capital mobilier, et cependant ce ne sont pas là des actes de pure administration.

les tribunaux prendront, à ce sujet, en considération la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses.

= La loi ne pouvait déterminer spécialement tous les actes qu'elle entend interdire au mineur émancipé; elle se borne à le déclarer, d'une manière générale, incapable de faire aucun acte autre que ceux de *pure administration*, sans observer les formes prescrites pour le mineur en tutelle.

Parmi ces actes, nous placerons notamment l'*emprunt* (483), la *constitution d'hypothèque* (457), l'*acceptation* ou la *répudiation d'une succession* (461-484), la *transaction*, sauf les distinctions que nous avons établies (467) (*voy.* p. 505), le *transfert* d'une inscription de rentes sur l'État ou d'une action de la banque de France excédant 50 fr.

Nous parlerons, dans un paragraphe spécial, de la réduction des engagements que le mineur aurait contractés par voie d'achat ou autrement.

Actes interdits au mineur émancipé.

Il est un certain nombre d'actes pour lesquels l'incapacité du mineur subsiste même après son émancipation :

Ainsi le mineur âgé de moins de seize ans ne peut aucunement disposer (903). — Parvenu à cet âge (904), il acquiert la capacité de donner, par testament, jusqu'à concurrence de la moitié de ses biens. — Mais il ne peut faire de donation entre-vifs : nous excepterons toutefois les petits présents, les cadeaux et les rémunérations d'usage.

Enfin, rappelons-nous qu'il ne peut compromettre (*voy.* les articles 1003, 1004 et 1013 Pr.) qu'autant que la difficulté a pris naissance à l'occasion d'un acte d'administration (*voy.* nos observations sur l'article 481).

Effets des engagements contractés par le mineur émancipé.

Le mineur émancipé est réputé majeur :

1° Pour tous les actes commerciaux (art. 2-3 C. comm., 1308 C. civ.), lorsqu'il est commerçant;

2° Quand les conditions et formalités prescrites par la loi ont été observées, lorsqu'il s'agit d'actes que le mineur émancipé n'avait point la capacité de faire seul, c'est-à-dire, suivant les cas, l'assistance d'un curateur, l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal, et l'avis préalable de trois jurisconsultes;

3° Pour les actes dits de pure administration, sauf, ainsi que nous le verrons dans un instant, la réduction des engagements personnels qu'il a contractés même dans cette limite en cas d'excès.

Dans ces divers cas, les actes faits par le mineur ne sont ni annulables, ni rescindables pour cause de lésion.

Ils ne sont pas annulables, puisqu'ils réunissent, sous le rapport de la forme et de la capacité personnelle, toutes les conditions requises.

Ils ne sont pas rescindables en cas de lésion, car le mineur n'est admis à se faire restituer pour cette cause, que *contre les conventions qui excèdent les bornes de sa capacité* (art. 1305) : or, nous supposons, ou que l'acte rentre dans la classe de ceux qu'il peut faire seul, ou que les formes prescrites pour suppléer à son défaut de capacité ont été observées.

Déjà nous avons eu occasion de faire observer que l'intérêt public, autant que l'intérêt privé, nécessite le maintien de ces actes; car, en les déclarant annulables, la loi eût fait tourner contre le mineur la protection extrême dont elle prétend l'entourer : nul ne voudrait contracter avec lui, s'il pouvait revenir sur les engagements qu'il se serait valablement imposés.

Quel est le sort des actes que le mineur émancipé a faits seul, alors qu'il devait être assisté; ou sans observer les formalités et conditions requises, alors que la loi en prescrivait?

Les premiers sont valables en principe : l'assistance est requise comme garantie, mais elle n'ajoute rien à la capacité : cependant le mineur peut les faire annuler, en cas de lésion.

Quant aux actes que la loi soumet, dans l'intérêt du mineur, à l'accomplissement de certaines formalités : tels que les ventes d'immeubles, les constitutions d'hypothèques, les emprunts, etc., ils sont annulables non-seulement en cas de lésion, mais encore à deux autres titres, savoir : pour vice de forme (1311) et pour cause d'incapacité (1124-1125). — Relativement à ces actes, le mineur émancipé se trouve placé sur la même ligne que le mineur en tutelle (484) (1).

Restent les actes qui ne sont ni rescindables pour cause de lésion, ni annulables soit pour vice de forme, soit pour cause d'incapacité, que le mineur peut faire seul, mais pour lesquels il a contracté des engagements réductibles en cas d'excès : — ces sortes d'actes doivent nous occuper spécialement.

D'abord il importe de rappeler ici le texte de l'article 482, 2e alinéa :

« A l'égard des obligations qu'il (le mineur) aurait contractées par voie » d'achats ou autrement (2), elles seront, porte cet article, réductibles en » cas d'excès; les tribunaux prendront, à ce sujet, en considération la » fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui au- » ront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses. »

Cette disposition n'est qu'une modification apportée à la règle qui déclare le mineur capable de « faire tous actes qui ne sont que de pure » administration, sans être restituable contre ces actes dans tous les » cas où le majeur ne le serait pas lui-même. » (484). — Mais elle est

(1) Bourges, 13 août 1838, Dev., 1838, 2, 490; Paris, 25 juillet 1843, Dev., 1843, 2, 379; Cass., 19 juin 1851, Dev., 1851, 1, 123. *Voy.* cep. Cass., 17 août 1841, Dev., 1841, 1, 614.

(2) Expression vague; elle comprend tout traité qui constituerait le mineur émancipé débiteur, tels que l'achat d'objets mobiliers, le louage de services ou de travaux, etc.

en parfaite harmonie avec l'article 483, lequel interdit au mineur de faire des *emprunts* sous *aucun prétexte*.

Il résulte, en effet, de ces divers articles combinés : 1° que le mineur peut faire au comptant des achats de denrées, de meubles et autres actes réputés de pure administration (tel est le sens de cette expression : *ou autrement*) ; 2° qu'il peut même s'engager dans cette limite : mais alors, si les circonstances démontrent que les opérations faites à crédit, par voie d'achat *ou autrement*, sont excessives eu égard à sa position de fortune ; que ces opérations, en d'autres termes, ne sont que des emprunts déguisés ; qu'elles masquent des folies, qu'elles constituent des prodigalités ; que la vigilance de la loi a été trompée en un mot ; les engagements qu'il a contractés doivent être réduits ; on présume que les tiers ont abusé de son inexpérience et de sa légèreté.

Tout, en cette matière, est donc relatif ; telle dépense, qui est excessive pour certaines fortunes, n'est qu'une dépense ordinaire pour certaines autres (Dur., n° 671).

Si le dol était prouvé, les obligations personnelles contractées par le mineur seraient non-seulement réductibles, mais encore annulables : ce cas rentrerait dans la règle des articles 1109 et 1116 (1).

La cause de réductibilité, disons-nous, repose sur une sorte, sinon de dol, du moins de surprise ou d'indélicatesse de la part de ceux qui ont contracté avec le mineur. Cela nous explique pourquoi la loi enjoint de prendre en considération leur bonne foi : il pourra donc arriver que les obligations, quoique excessives, ne soient pas réduites ; la réduction, par conséquent, n'est point subordonnée à la simple lésion (2).

Par qui la demande en réduction peut-elle être formée? La loi garde sur ce point un silence absolu. Cette lacune regrettable laisse un champ libre à l'interprétation : le mineur seul peut agir, disent quelques auteurs, puisqu'il comparaît dans tous les actes ; le curateur n'a point d'initiative ; son rôle est de simple assistance. — Que le curateur n'ait point d'action, rien de plus rationnel ; mais conclure de là que nul autre que le mineur n'a qualité, c'est, selon nous, méconnaître l'esprit de la loi : ne peut-il pas arriver qu'il soit retenu par la crainte d'encourir la déchéance de l'émancipation, par un sentiment de délicatesse exagérée, ou qu'une susceptibilité mal entendue ne le détourne de se mettre en scène? On ne saurait croire que la loi, qui veille avec tant de sollicitude sur les intérêts du mineur, l'ait abandonné dans un moment où il a surtout besoin de protection ; qu'elle ait voulu restreindre à lui seul l'exercice d'une action dirigée en définitive contre sa personne, puisque cette action peut avoir pour résultat de le remettre en tutelle.

Mais qui donc pourra former la demande en réduction? Il nous paraît logique de n'accorder cette faculté qu'aux personnes qui auraient

(1) Demolombe, nos 329 et suiv.; Zach., t. 1er, § 131; Locré, t. 7, p. 195.
(2) Delv., p. 126, n° 8; Zach., § 131.

le droit de révoquer l'émancipation, puisque la révocation est une conséquence de la réduction —Quelles sont donc ces personnes? *Voy.* l'article 485, *in fine:* « Le bénéfice de l'émancipation, porte ce dernier » article, sera retiré en suivant les mêmes formes que celles qui au- » ront eu lieu pour la lui conférer. »

Ainsi, de même que le droit de révocation appartient d'abord au père; à défaut du père, à la mère; et si les père et mère sont morts, au conseil de famille (art. 478 et 479) : de même, le droit de former la demande en réduction appartient successivement au père, à la mère, et au conseil de famille par l'un de ses délégués.

Tout parent ou allié, au degré de cousin germain, a le droit de requérir la convocation du conseil de famille, pour délibérer sur le point de savoir s'il y a lieu d'intenter l'action en réduction.—Il nous semble que le mineur lui-même, assisté de son curateur, doit avoir le même faculté. (*Voy.* p. 492.)

Nous ne voyons pas ce qui s'opposerait à ce que le juge de paix convoquât d'office le conseil de famille à cet effet. (Art. 406.)

Quant au ministère public, il n'a point qualité (arg. *à contrario* de l'article 491 ; Magnin, n° 778).

Dans quels cas et sous quelles conditions l'émancipation peut être révoquée. — Effets de la révocation.

485 — Tout mineur émancipé dont les engagements auraient été réduits en vertu de l'article précédent, pourra être privé du bénéfice de l'émancipation, laquelle lui sera retirée en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer.

= Lorsque les obligations contractées par le mineur émancipé ont été réduites, le conseil de famille peut lui retirer l'administration de ses biens; car son inconduite ou sa mauvaise gestion est alors évidente.

Gardons-nous de croire, cependant, que la révocation de l'émancipation soit la conséquence nécessaire du jugement qui prononce la réduction des engagements contractés par le mineur: il appartient au père, à la mère ou au conseil de famille de décider s'il y a lieu de la révoquer.

Les termes obscurs et même inexacts de l'art. 485 ont été l'objet de justes critiques : on pourrait croire, en effet, que l'émancipation ne peut être retirée que par la même personne qui l'avait conférée : de telle sorte, par exemple, que si l'enfant avait été émancipé par son père, la révocation ne serait plus possible après le décès de celui-ci. — Évidemment, le législateur n'a pu concevoir une pareille pensée : ce n'est point le mode qui a été suivi pour conférer l'émancipation qu'il faut observer pour la retirer ; mais celui qu'il faudrait employer actuellement : par conséquent le droit appartient à l'autorité sous laquelle le mineur se trouverait placé si on ne l'avait pas émancipé.

La forme à suivre pour ce retrait est celle qu'il faudrait observer pour l'émancipation : ainsi le père et la mère doivent se présenter devant le juge de paix et faire dresser acte de leur déclaration.—A défaut de père et mère, c'est le conseil de famille qui prend une délibération à ce sujet (Demolombe, n° 348).

L'émancipation opérée par le mariage peut-elle être révoquée? Non, assurément: ceux qui consentent au mariage ne pourraient l'empêcher; ils ne sauraient avoir la faculté de la retirer: c'est là un effet de la loi indépendant des volontés privées. — Vainement objecterait-on que ces mots de notre article: *tout mineur*, embrassent même les mineurs émancipés par mariage; qu'en vue de généraliser la règle, le législateur a retranché de la rédaction définitive ces mots : *autrement que par mariage*, qui se trouvaient dans le premier projet (Delv., p. 131, n° 11): il est de toute évidence que notre article règle le cas où l'émancipation aurait été conférée par le père, la mère ou le conseil de famille: l'émancipation sera retirée en *suivant les mêmes formes*, porte notre article ; or, l'émancipation opérée par le mariage n'est soumise à aucune forme. — Quant à la suppression des mots : *ou autrement que par mariage*, qui se trouvaient dans le projet, rien ne démontre qu'elle ait eu pour but, comme on l'a prétendu, d'autoriser le retrait de l'émancipation par mariage; loin de là, tout annonce qu'elle a eu lieu dans la crainte qu'on ne s'imaginât que le mineur d'abord émancipé par une déclaration pouvait être privé du bénéfice de l'émancipation, quand même il se serait marié depuis; quand même, devenu veuf, il aurait des enfants : on a considéré que cette déchéance serait plus grave pour celui qui aurait été chef de maison que pour celui qui ne l'aurait pas été.—Au résumé, dans nos mœurs, l'état de mari ou d'épouse est incompatible avec celui de mineur en tutelle; l'exercice de la puissance paternelle dans celui qui serait soumis à l'autorité d'un autre ne peut s'accorder avec l'esprit de nos lois (1).

Nous appliquerons cette règle, sans distinguer si le mariage subsiste encore ou s'il est dissous, s'il existe ou s'il n'existe pas d'enfants issus du mariage.—Toutefois, nous devons reconnaître que, suivant quelques autorités, l'émancipation peut être retirée au mineur devenu *veuf sans enfants*. (*Voy.* entre autres Toullier, p. 95, t. 2.)

Pour que le mineur perde le bénéfice de l'émancipation, est-il absolument nécessaire que ses engagements aient été réduits? L'article 405 paraît exiger cette condition : néanmoins, en rapprochant ce texte de l'article 484, 2e alinéa, on reconnaît qu'elle n'est pas de rigueur : *Les tribunaux*, porte ce dernier article, *prendront à ce sujet en considération la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui;* donc, il peut arriver que l'obligation ne soit pas réduite, bien que le mineur ait mérité d'être remis en tutelle.—Supposez, par exemple, qu'il ait employé des manœuvres pour tromper les tiers sur l'importance de ses revenus, sur

(1) Dur., n° 675; de Fréminville, n° 1079; Proudhon, p. 264; Zach., t. 3, p. 269; Toullier, n° 1303; Vazeille, Mariage, t. 2, p. 465; Demolombe, n° 350; — Cass., 21 février 1821.

le chiffre des obligations par lui déjà souscrites, ou même qu'il en ait dissimulé une partie, et qu'en considération de la bonne foi des tiers, le tribunal ait cru devoir maintenir les obligations contractées envers eux, le mineur aura-t-il moins mérité d'être remis en tutelle? Certes, on ne saurait lui laisser la faculté de se soustraire aux effets de la loi par de semblables supercheries. — Évidemment il suffit, pour que l'émancipation puisse être retirée, que l'excès ait été judiciairement constaté (1). — Au surplus, la réduction des engagements n'entraîne pas nécessairement la déchéance de l'émancipation : les termes de l'article 485 n'ont rien d'absolu ; les père et mère et le conseil de famille ont une entière latitude.

— L'émancipation peut-elle être retirée au mineur qui, sans contracter d'engagement excessif, aurait une mauvaise conduite ou ferait de folles dépenses? ∽ La loi, assurément, n'a point prévu ce cas ; néanmoins, il nous semble que le soin de la personne du mineur, de son avenir, de son honneur, mérite tout autant de sollicitude que l'administration de ses biens : comment admettre qu'on soit tenu de laisser livré à lui-même, sans protection, un jeune homme emporté par le torrent des passions, qui se livre à la débauche, à des fréquentations susceptibles de le conduire à sa perte? L'intérêt social autant que l'intérêt du mineur lui-même exigent que l'on mette un frein à un pareil état de choses.—On doit croire que le législateur s'est borné à parler des engagements excessifs, parce que la mauvaise conduite et l'abus de la liberté se révèlent ordinairement ainsi. — Ajoutons que les tribunaux exercent sur le mineur, même émancipé, une sorte de tutelle et de magistrature domestique (Demolombe, n° 387).

Le mineur pourrait-il se pourvoir contre la délibération qui le ferait rentrer en tutelle? ∽ Delvincourt, p. 131, n° 11, se prononce pour l'affirmative : si le mineur prétend qu'on lui impute à tort certains faits, il faut bien, dit-il, que le tribunal intervienne. ∽ Cette opinion est évidemment erronée : il s'agit ici d'un attribut de la puissance paternelle, autorité dont le conseil de famille se trouve investi en quelque sorte, après le décès des père et mère : or, l'enfant peut bien se pourvoir contre une délibération relative à ses biens ; mais il ne saurait déférer aux tribunaux l'appréciation de l'usage que les ayants droit ont cru devoir faire de leur autorité. — On peut objecter que l'article 86 du projet, qui était conçu en ce sens, a été supprimé (Locré, Législ. civ., t. 7, p. 147) : mais cette suppression a eu pour cause unique les termes trop absolus de l'article (2).

486 — Dès le jour où l'émancipation aura été révoquée, le mineur rentrera en tutelle, et y restera jusqu'à sa majorité accomplie.

= L'enfant privé du bénéfice de l'émancipation est replacé sous l'autorité de ses père et mère lorsqu'ils vivent encore : la puissance paternelle reprend alors son empire. — Si l'un d'eux est décédé, il y a lieu d'appliquer les règles ordinaires de la tutelle ; par conséquent, c'est le survivant des père et mère qui devient tuteur; — à son défaut, la tutelle passe à l'ascendant d'un degré supérieur ; — à défaut d'ascendant, le tu-

(1) Delv., p. 131, n° 9; Zach., p. 268, t. 1er; Demolombe, n° 346.
(2) Demolombe, n° 359; Magnin, n° 182.

teur est nommé par le conseil de famille. — Si l'enfant se trouvait en tutelle au moment où on l'a émancipé, ce n'est point l'ancienne tutelle qui renaît par l'effet de la révocation ; car le tuteur et le subrogé tuteur ne sont plus en fonctions : le compte de l'administration primitive a été liquidé; la tutelle est censée s'ouvrir pour la première fois; il faut nommer un nouveau tuteur et un nouveau subrogé tuteur.

Ce système, nous devons le dire, n'est point admis par tous les auteurs : Toullier, n° 1303, enseigne que l'ancienne tutelle revit, que tous les anciens fonctionnaires, sans distinction, reprennent leur position. — D'autres prétendent que la tutelle est toujours dative. — Mais ces divers systèmes devraient s'appuyer sur un texte, puisqu'ils sont contraires aux principes généraux et aux termes de l'article 486; or, ce texte n'existe pas (1).

Le mineur rentré en tutelle (ou sous l'autorité paternelle) ne peut plus être émancipé : il y aurait danger à lui rendre une seconde fois l'exercice de ses actions, dans le court intervalle qui sépare le retrait de l'émancipation de l'époque de sa majorité.

Nous exceptons, toutefois, le cas de mariage : l'intérêt privé fléchit alors devant l'intérêt social ; on a lieu de croire que la présence du conjoint mettra un frein au penchant que l'enfant pourrait avoir à faire de folles dépenses. — Au surplus, l'émancipation résulterait de la loi.

— L'usufruit légal, éteint par l'effet de l'émancipation, renaît-il si l'émancipation est révoquée? — Les père et mère, disent quelques auteurs, se sont volontairement dépouillés du bénéfice qui leur était conféré : comment admettre que, par une simple déclaration devant le juge de paix, ils puissent le ressaisir? — L'usufruit s'est trouvé réuni à la nue propriété : pour le faire revivre, il faudrait une disposition légale qui ne se trouve nulle part. — La révocation n'est pas prononcée en faveur des père et mère, mais dans l'intérêt de l'enfant; dès lors, ce dernier seul doit en profiter. — On comprend fort bien, du reste, que la puissance paternelle renaisse par l'effet de la révocation, bien que l'usufruit en demeure détaché : en effet, cette puissance dure tant que l'enfant n'a pas atteint sa majorité, tandis que l'usufruit légal s'éteint dès qu'il est parvenu à sa dix-huitième année; il n'existe donc pas de lien intime entre ces deux droits : — l'émancipation n'est pas une question d'argent ; elle tient à un ordre de choses purement moral (2). — Quoi qu'il en soit, nous adopterons le système contraire : en émancipant son enfant, le père ou la mère n'a point renoncé à l'usufruit légal, comme on l'a dit à tort : il n'a perdu l'usufruit que par voie de conséquence, parce qu'il s'est dépouillé de la puissance paternelle proprement dite; dès le moment où cette puissance renaît, ses attributs doivent revivre également. — On considère l'usufruit comme un dédommagement des peines et soins que l'administration légale réclame (3).

(1) Demolombe, nos 364 et suiv.; Delv., p. 126, n° 11; Proudhon-Valette, t. 2, p. 444; Duranton, n° 676; Zach., t. 1er, p. 369; Magnin, n° 783, t. 1er; Locre, p. 366.

(2) Toullier, n° 1303, t. 2; Dur., n° 396; Zach., t. 1er, p. 269, n° 3; p. 685, t. 3, n° 23; Magnin, n° 783.

(3) Demolombe, n° 355; Proudhon-Valette, p. 267; Delv., p. 131, n° 11; Fréminville, n° 1085.

Du mineur émancipé autorisé à faire le commerce.

487 — Le mineur émancipé qui fait un commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce.

= Dès le moment où l'on reconnaît au mineur émancipé le droit d'entreprendre un commerce, on doit lui accorder la capacité de faire tous les actes relatifs à ce commerce, et conférer aux tiers qui contractent avec lui les mêmes garanties que s'ils traitaient avec un majeur : l'intérêt social le veut ainsi.

Pour que le mineur soit réputé commerçant, il faut : 1° qu'il ait été préalablement émancipé (1) ; — 2° qu'il soit âgé de dix-huit ans accomplis ; — 3° qu'il ait été autorisé spécialement par son père ; à défaut de celui-ci, par sa mère, et à défaut de père et mère, par une délibération du conseil de famille dûment homologuée ; — 4° que l'acte d'autorisation ait été affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile (2) (art. 2, Code de commerce).

Lorsque toutes ces formalités ont été remplies, le mineur est réputé majeur quant aux engagements qu'il contracte pour les faits de son commerce : en conséquence, il peut, sans aucune autorisation nouvelle et spéciale, mais toujours, bien entendu, dans cette limite, vendre, acheter, plaider, transiger, s'obliger personnellement, souscrire des lettres de change, emprunter, etc.

Le mineur commerçant peut même, pour l'utilité de son commerce, engager et hypothéquer ses immeubles (art. 6, Code de comm.) ; mais, lorsqu'il s'agit d'une aliénation, il rentre dans la règle commune : pourquoi cette différence? l'hypothèque, étant un accessoire de l'obligation, prend nécessairement le caractère d'acte de commerce, lorsqu'elle se lie à un acte de cette nature ; tandis que la vente d'un immeuble est un acte principal : cet acte conserve dès lors son caractère de contrat purement civil.

Enfin, le mineur commerçant est, comme les majeurs, justiciable des tribunaux de commerce, et contraignable par corps.

Quoique le mineur ne puisse aliéner ses immeubles, il est bien entendu, que ses créanciers commerciaux ont le droit de les faire saisir et vendre, même sans avoir préalablement discuté son mobilier (2206), puisqu'il est réputé majeur en ce qui concerne leurs titres commerciaux (Pardessus, Dr. comm., t. 1er, n° 10).

En conférant au mineur émancipé le droit de faire un commerce, les parents de ce mineur peuvent déterminer le genre d'opérations qu'il devra entreprendre.

Il résulte de l'article 3 du Code de commerce que l'on peut, sans conférer au mineur la qualité de commerçant, l'autoriser à faire cer-

(1) Cass., 2 décembre 1826, S., 27, 1, 77. *Voy.* Magnin, nos 797 et suiv.

(2) L'affiche doit rester exposée pendant un an dans l'auditoire du tribunal de commerce (arg. de l'art. 872 Pr.; Magnin, n° 800).

tains actes de commerce : mais il faut toujours qu'il soit émancipé; que l'autorisation spéciale donnée à cet effet par le père, la mère ou le conseil de famille, ait été homologuée; enfin, que l'acte d'autorisation ait été enregistré et affiché conformément à l'article 2 du même Code.

Ces diverses conditions et formalités ne sont pas nécessaires pour que le mineur même non émancipé puisse exercer un art ou une industrie : l'article 1308, en effet, distingue le mineur artisan du mineur commerçant; l'article 387 suppose même que l'enfant soumis à la puissance paternelle peut acquérir des biens par son travail ou par son industrie.

— Peut-on retirer au mineur l'autorisation qui lui a été conférée d'entreprendre un commerce? ✓✓ Certes, on ne saurait croire que la loi ait entendu livrer le sort du mineur au caprice de ses parents : le mineur ne se trouve point placé, comme la femme mariée, sous la domination d'un tiers qui exerce, comme le mari, une surveillance constante sur tous ses actes; une fois autorisé à faire le commerce, il acquiert une existence commerciale libre et indépendante : cependant, on ne peut l'abandonner ainsi à lui-même sans aucune protection contre son inexpérience. — Mais comment et sous quelle condition la faculté de faire le commerce lui sera-t-elle ravie? ✓✓ Sur ce point, plusieurs opinions se sont élevées.

Première opinion : Le retrait de l'autorisation de faire le commerce ne peut résulter que du retrait de l'émancipation (1). ✓✓ Ce n'est point là une solution : la question revient alors à celle de savoir dans quel cas l'émancipation pourra être retirée; question controversée, ainsi que nous l'avons vu (p. 513); il est même assez généralement admis que les engagements contractés par le mineur, pour faits relatifs à son commerce, ne peuvent être réduits.

Deuxième opinion : On pourra demander la réduction des engagements civils (2). ✓✓ Mais alors que faire si le mineur n'a pas contracté d'engagements civils?

Troisième opinion : Les tribunaux de commerce seront appelés à examiner, sur la dénonciation qui leur en sera faite, si les engagements commerciaux sont excessifs : non afin de les faire réduire, car cela est impossible; mais afin de reconnaître s'ils seraient susceptibles d'être réduits, en supposant que l'obligation fût purement civile (Delv., p. 126, n° 8, et 127, n° 3).

Quatrième opinion : Il s'agit, en définitive, d'une question de capacité de la personne, d'une question d'état : or, les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur ces sortes de matières; la marche à suivre est de saisir le tribunal d'une demande en révocation. Il prononcera eu égard aux circonstances.— Cette opinion, professée par Demolombe, n° 355, nous paraît plus en harmonie que la précédente avec les principes généraux.—Observons que la révocation de l'autorisation doit recevoir la même publicité que l'autorisation elle-même. (Art. 2, Code de comm.).

RÉSUMÉ DU TITRE X.

Les personnes, considérées sous le rapport de leur capacité légale, sont *majeures* ou *mineures*.

(1) Nouguier, Trib. de commerce, p. 249; Pardessus, Dr. comm., n° 58.
(2) Massé, Dr. comm., liv. 3, tit. 3. chap. 1er, sect. 1re, n° 51.

Tout individu de l'un ou de l'autre sexe, âgé de vingt-un ans accomplis, est majeur.

A ce titre, il exerce tous les actes de la vie civile en général.

Les mineurs sont ceux qui n'ont pas encore atteint cet âge.

Leur capacité diffère, suivant qu'ils sont non émancipés ou émancipés :

Les premiers se trouvent placés soit sous la puissance paternelle, soit sous l'autorité d'un tuteur qui les représente;

Les seconds sont affranchis de la puissance paternelle (proprement dite) et de l'autorité tutélaire ; en conséquence, ils deviennent arbitres de leur personne, sauf ce que nous avons établi pour le mariage et pour l'adoption (148 et 346) ; ils sont personnellement en scène dans tous les actes qui les intéressent : seulement, en certains cas, ils doivent être assistés de leur curateur.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MINORITÉ (art. 388).

Les mineurs non émancipés ont la jouissance des droits civils, mais ils n'en ont pas l'exercice; ils sont représentés, savoir : si le mariage de leurs père et mère n'est pas dissous, par leur père : ce dernier prend le titre d'administrateur légal ; — dans le cas contraire, par un tuteur.

Questions. — La majorité se compte *de momento ad momentum* (1). (P. 285.)

Les enfants nés le jour intercalaire d'une année bissextile deviennent majeurs à l'expiration du mois de février de la vingt-unième année, c'est-à-dire, le 28 à minuit, sans égard à l'heure de leur naissance. (P. 285.)

De l'administration légale (art. 389).

Tant que le mariage des père et mère subsiste, il n'y a lieu qu'à l'administration légale ; le père de famille réunit aux attributs de l'autorité paternelle ceux attachés à la qualité d'administrateur : au premier titre, il prend soin de la personne des enfants ; — au second, il administre leurs biens.

Nous ne devons envisager ici la position du père que sous le dernier rapport.

L'administration légale diffère essentiellement de la tutelle : on remarque, notamment, qu'elle ne donne lieu ni à la nomination d'un subrogé tuteur, ni à l'organisation d'un conseil de famille permanent (P. 289); les biens du père ne sont pas même soumis à l'hypothèque légale des mineurs (p. 288). — Du reste, les pouvoirs du père administrateur sont les mêmes que ceux du tuteur; seulement, dans les cas où ce dernier est tenu de requérir l'autorisation du conseil de famille ordinaire, il doit obtenir celle d'un conseil de famille *ad hoc*. (P. 289 et suiv.)

(1) Zach., t. 1er, p, 112; Demolombe, nos 407 et 408.

L'administration légale cesse au moment où le mariage se dissout, c'est-à-dire, par la mort naturelle ou civile de l'un des époux : la tutelle commence alors avec toutes ses charges.

Elle peut même cesser auparavant : soit *ex parte patris*, par la déchéance prononcée dans le cas de l'article 335 du Code pénal ; soit *ex parte minoris*, par le decès, par la majorité, ou par l'émancipation du pupille.

Il va de soi que le père administrateur doit compte de sa gestion.

Questions. — Les articles 442, 443 et 444 sont applicables en matière d'administration légale. (P. 292.)

Mais il n'appartient qu'aux tribunaux de statuer. (P. 293.)

Il n'y a point lieu à l'application des articles 472, 474 et 475 (1). (P. 292 et 293.)

En cas d'interdiction du mari, ou s'il se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, les tribunaux *peuvent* conférer à la mère l'administration légale. (P. 294.)

Lorsque des biens ont été donnés ou légués à un enfant sous la condition que le père n'en aura pas l'administration, les tribunaux peuvent, eu égard aux circonstances, ou maintenir la clause, ou en prononcer l'annulation : cette clause n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs. (P. 295.)

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE.

Voir le sommaire (p. 285).

SECTION PREMIÈRE.

De la tutelle des père et mère.

Voir le sommaire (p. 296).

La tutelle est déférée au survivant des père et mère par la seule force de la loi. (Art. 390.)

Mais il existe entre la position de l'un et de l'autre trois différences remarquables :

1° La mère peut refuser la tutelle sans donner de motifs (art. 394) ; seulement, elle doit manifester sa volonté *ab initio* : en s'immisçant dans la gestion sans faire de réserve, elle se placerait volontairement sous l'empire de la règle commune ; il y aurait de sa part acceptation tacite. (P. 308.) — Le père ne jouit pas de cette faculté.

2° La mère ne peut modifier les droits du père survivant : le père peut restreindre ceux de la mère, en plaçant près d'elle, *pour l'admi-*

(1) *Voy.* Demolombe, nos 454 et suiv., t. 6.

nistration des biens, un conseil spécial, soit pour tous les actes de tutelle, soit pour certains actes déterminés. (Art. 391.)

Nous disons *un conseil;* car, dans notre opinion, le père ne pourrait conférer à plusieurs des pouvoirs simultanés qu'ils exerceraient concurremment.

Ce conseil ne sera pas seulement pour la mère un simple conseiller, dont elle pourra se dispenser de suivre les avis; sa liberté d'action se trouvera enchaînée; les actes qu'elle ferait malgré lui ou à son insu seraient frappés de nullité. (P. 300.) — Observons toutefois que le conseil ne peut provoquer aucun acte; il n'a qu'un pouvoir négatif.

Il est bien entendu que la nomination d'un conseil ne dispense pas la mère de l'observation des diverses mesures prescrites par la loi en vue de garantir les intérêts du mineur, telles que l'inventaire, etc.

Les attributions du conseil sont essentiellement personnelles, puisqu'il s'agit d'une sorte de mandat (2003 et 2010); elles cessent par son décès, par sa révocation, et, dans tous les cas, en même temps que celles de la mère tutrice. (P. 304.)

Le conseil peut être nommé de deux manières : par testament, ou par une déclaration, soit devant le juge de paix, soit devant notaires. (Art. 392.) — Nul doute que le père conserve la faculté de revenir sur sa détermination. — La révocation peut avoir lieu dans les formes déterminées pour la nomination. (P. 303.)

3° Enfin, la mère survivante ne conserve la tutelle, si elle se remarie, qu'autant qu'elle a été maintenue par le conseil de famille (395). — Elle doit, en conséquence, avant la célébration de son mariage, provoquer la convocation d'un conseil de famille pour faire statuer sur son maintien ou sur son remplacement.

Qu'adviendrait-il, si elle n'avait point satisfait à ce vœu de la loi? Elle perdrait de plein droit la tutelle, et son nouvel époux serait solidairement responsable des suites de la gestion même antérieure au mariage; responsabilité qui ne l'aurait pas atteint, si le conseil de famille eût été consulté; du moins, elle n'aurait pesé sur lui qu'à partir du mariage (395), et seulement en cas de maintien de la mère. (P. 311.)

Le conseil de famille peut toujours investir de cette mission la mère frappée de déchéance (442) : mais alors la tutelle est dative; tandis qu'elle continue d'être légitime, lorsque la convocation a eu lieu avant le mariage. — Nous aurons plus loin occasion de faire ressortir les différences qui existent entre l'une et l'autre position. (P. 310.)

Dans l'un et l'autre cas, si la mère est maintenue dans la tutelle, le conseil de famille doit nécessairement nommer cotuteur son nouveau mari (art. 396). (*V.* p. 312 et 315.)

Questions. — Les père et mère naturels ne sont point appelés par la loi à la tutelle de leurs enfants; cette tutelle ne peut être que dative. (P. 299.)

Les actes faits par la mère tutrice, sans l'assistance du conseil nommé par son mari prédécédé, ne sont pas nuls de droit, mais annulables. (P. 302.)

En cas de dissentiment entre la mère tutrice et son conseil, c'est le conseil de famille qui doit prononcer; il n'y a point lieu d'en référer au tribunal. (P. 303.)

En cas de dol, le conseil est responsable de ses avis. (P. 303.)

La circonstance que la mère se remarierait ne ferait point cesser les pouvoirs du conseil. (P. 303.)

Le juge de paix compétent pour dresser l'acte de nomination du conseil est celui du domicile. (P. 304)

Dans l'intervalle de la déchéance de la tutelle à la nomination d'un nouveau tuteur, la mère peut recevoir un capital mobilier; mais les tiers agiront prudemment, en différant le payement jusqu'à ce que cette nomination ait eu lieu. (P. 309.)

Lorsque la mère n'a pas fait convoquer le conseil de famille avant son nouveau mariage, pour délibérer sur son maintien ou sur son remplacement, la responsabilité du nouveau mari s'étend aux actes de gestion même antérieurs au mariage (P. 313.)

La mort du nouveau mari ne rend point à la mère la tutelle légitime. (P. 314.)

Le mineur a une hypothèque légale, même sur les biens du nouveau mari de la mère déchue de la tutelle; cette garantie est la conséquence de la responsabilité solidaire qui le frappe. (P. 314.)

Lorsque la mère a fait convoquer le conseil de famille avant de contracter un nouveau mariage, le conseil n'a point la faculté, s'il maintient la mère dans la tutelle, de régler les conditions de l'administration; faculté qu'il aurait si la tutelle était dative; notamment, s'il réintégrait dans cette charge la mère frappée de déchéance. (P. 317.)

Il nous reste, en ce qui concerne la mère, une dernière observation à faire : lorsqu'à la mort de son mari elle est enceinte, le conseil de famille nomme un *curateur au ventre* (art 393).

La veuve est crue en général sur sa déclaration : on ne serait admis à recourir aux hommes de l'art pour constater son état, qu'en vertu d'une autorisation du tribunal, et le tribunal ne l'accorderait que si des doutes graves s'élevaient sur la sincérité de la déclaration.

Ce curateur est mis en possession des biens que l'enfant est appelé à recueillir, à charge de rendre compte, soit au tuteur, si l'enfant naît viable; soit, dans le cas contraire, aux héritiers appelés à son défaut. (P. 306)

A la naissance de l'enfant, la mère devient tutrice légitime, et le curateur au ventre est de plein droit subrogé tuteur. (P. 305.)

Questions. — Le conseil de famille ne doit pas nommer de curateur

au ventre, lorsqu'il existe des enfants mineurs *non émancipés*. (P. 306.)

Si les enfants sont majeurs ou mineurs émancipés, un curateur sera nommé assurément ; mais c'est à eux et non au curateur qu'appartiendra l'administration des biens. (P. 306.)

SECTION II.

De la tutelle déférée par le dernier mourant des père et mère (art. 397-401).

Voir le sommaire (p. 317).

La tutelle testamentaire (ainsi appelée sans doute parce qu'elle ne produit d'effet qu'après la mort de celui qui l'a déférée) peut être considérée comme une suite de la tutelle légitime : elle suppose, en effet, que le survivant était investi de cette tutelle à l'époque de son décès (art. 397 et 399).

Il faut toutefois observer que la validité du choix fait par la mère remariée et maintenue dans la tutelle est subordonnée à l'approbation du conseil de famille. (P 323.)

Les père et mère jouissent de ce droit, lors même qu'il existe des ascendants en état d'administrer. — Ces derniers ne sont appelés qu'à la mort du tuteur testamentaire ; à leur défaut, il y a lieu à la tutelle dative. (P. 320.)

La nomination du tuteur testamentaire peut être faite de deux manières : 1° par acte en forme de testament ; — 2° par une déclaration soit devant le juge de paix assisté de son greffier, soit devant notaires (art. 398).

Nous nous bornerons à rappeler qu'elle ne peut être que pure et simple, et que la pluralité de tuteurs est proscrite par nos lois.

Le tuteur testamentaire peut refuser la tutelle, dans les divers cas où il pourrait s'excuser s'il était nommé par le conseil de famille (art. 401).

Questions. — Le survivant des père et mère, tuteur légitime, ne peut nommer un tuteur à ses enfants pour le remplacer de son vivant ; peu importerait même qu'il se trouvât dans l'impossibilité d'administrer. (P. 322.)

Le survivant, excusé, ne peut nommer un tuteur testamentaire. (P. 323.)

Cependant, il semble rationnel de lui rendre cette faculté, lorsqu'après s'être fait excuser, il a ensuite été appelé à la tutelle par le conseil de famille. (P. 323.)

SECTION III.

De la tutelle des ascendants (art. 402-404).

Voir le sommaire (p. 335).

Cette tutelle n'est dévolue qu'aux ascendants mâles (articles 402-405);

— les ascendantes peuvent seulement être nommés par le conseil de famille (art. 442).

Les ascendants mâles sont appelés suivant l'ordre de la proximité de parenté (402). — En cas de concurrence entre un aïeul paternel et un aïeul maternel, le premier est préféré (art. 402).

Si la concurrence se trouve établie dans la ligne paternelle, la loi défère la tutelle à celui dont l'enfant porte le nom (art. 403).

Si elle a lieu dans la ligne maternelle, le conseil de famille désigne l'ascendant qui sera chargé de la tutelle (art. 404).

Question. — En cas de mort de l'ascendant tuteur, la tutelle passe à celui qui se trouve être le plus proche. — En cas d'exclusion ou de destitution de ce dernier, il y a lieu à la tutelle dative, quand même il existerait des ascendants à un degré plus éloigné. (P. 327.)

SECTION IV.

De la tutelle dative (art. 405, 417-419).

La tutelle *dative*, ainsi appelée par opposition à la tutelle légitime et à la tutelle improprement appelée testamentaire, est celle qui est déférée par le conseil de famille.

Le conseil de famille nomme un tuteur dans les cas suivants :

1° Lorsqu'il n'existe ni père ni mère, ni tuteur testamentaire, ni ascendants mâles ;

2° Lorsque l'époux survivant, le tuteur testamentaire ou l'ascendant le plus proche est, pour une cause quelconque autre que sa mort, éloigné de la tutelle. (P. 321, 325, 326 et 328.)

Le tuteur désigné devient responsable immédiatement, s'il est présent à la délibération ; et le jour où sa nomination lui a été notifiée, s'il n'a point fait partie du conseil (art. 405).

Lorsque l'enfant domicilié en France a des biens dans les colonies ; *aut vice versâ*, lorsque, domicilié dans les colonies, il a des biens en France, un protuteur doit être nommé pour les administrer (art. 417, p. 330).

La nomination est faite par un conseil de famille réuni *ad hoc* sur les lieux. — Ce conseil nomme en outre un subrogé protuteur (arg. de l'art. 420).

Le protuteur est complétement indépendant du tuteur : mais ses fonctions sont loin d'être aussi importantes que celles de ce dernier; car il n'a aucune autorité sur la personne du mineur : sa seule mission est d'administrer les biens confiés à ses soins, à charge de rendre compte soit au mineur, lorsqu'il cessera d'être en tutelle; soit à ses représentants, s'il décède ; et de faire passer au tuteur, dans les limites tracées par le conseil de famille du domicile, les sommes nécessaires pour subvenir aux besoins du mineur. — De même que le tuteur, il est soumis à la contrainte par corps, et ses biens sont frappés d'hypothèque légale (p. 331).

Question. — On peut nommer un protuteur testamentaire. (P. 332.)

La protutelle, de même que la tutelle, est une charge personnelle. Cette charge ne passe point aux héritiers, mais ceux-ci doivent gérer jusqu'à ce qu'un nouvel administrateur ait été nommé (art. 419).

Appliquez cette observation au tuteur testamentaire (p. 333).

Du conseil de famille (art. 406-411-416).

De la convocation du conseil.

Voir le sommaire (p. 333).

Le juge de paix seul convoque le conseil de famille (art. 406).

Cette convocation peut avoir lieu soit d'office, soit sur réquisition :

Le juge de paix agit d'office, toutes les fois que l'urgence l'exige ; notamment, lorsqu'il s'agit de la nomination d'un tuteur ou d'un subrogé tuteur.

Il est tenu de faire cette convocation lorsqu'elle est requise :

1° Par des parents du mineur, sans limitation de degré (art. 406) : nonobstant le silence de la loi, on doit étendre cette faculté aux alliés ;

2° Par les créanciers du mineur ou autres parties intéressées ;

3° Par le subrogé tuteur;

4° Par le tuteur.

Toutefois, lorsqu'il s'agit de l'émancipation du mineur (479) ou de la destitution du tuteur (446), le juge de paix n'est tenu de déférer à cette réquisition qu'autant qu'elle émane de parents ou alliés du mineur au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches.

Le conseil de famille doit être convoqué *à jour déterminé;* régulièrement, il faut un intervalle de trois jours francs, outre les distances, entre celui fixé pour la réunion et la signification de l'exploit. — Si la convocation a été faite sans citation, soit par lettres missives, soit verbalement, ou si les délais n'ont pas été observés, le juge de paix ne peut prononcer d'amende contre les défaillants (art. 413).—A défaut d'un seul membre, le conseil ne peut même délibérer (art. 411).

L'assemblée se tient de plein droit chez le juge de paix; à moins qu'il n'ait désigné un autre local. (P. 337.)

Le juge de paix compétent est toujours celui du lieu où la tutelle s'est ouverte; quand même il y aurait changement de tuteur, quand même le tuteur en exercice transporterait ailleurs son domicile, par exemple, s'il acceptait des fonctions inamovibles : — la tutelle se trouve en quelque sorte individualisée par l'événement qui met fin à l'administration légale; qu'elle soit légitime, testamentaire ou dative, peu importe. (P. 338.)

Les membres convoqués peuvent se faire représenter par un fondé de pouvoirs spécial; mais un même mandataire ne peut représenter plusieurs personnes. — Observons : 1° que le mandataire doit réunir les qualités requises pour être membre du conseil de famille ; — 2° que la loi n'admet pas de mandat limitatif en matière de tutelle (art. 412).

Tout membre régulièrement convoqué encourt une amende s'il ne

comparaît pas (413 et 414). Cette amende ne peut excéder 50 francs. (P. 343.)

Question. —L'amende peut être prononcée même contre les ascendants et contre les ascendantes veuves. (P. 343.)

Organisation du conseil de famille (art. 407-410).

Voir le sommaire (p. 344).

Le conseil de famille doit être composé, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés du mineur, choisis par ce magistrat, dans la distance de deux myriamètres, moitié dans la ligne paternelle, moitié dans la ligne maternelle. — S'il existe, au delà de cette distance, des parents plus proches qui offrent de venir à leurs frais, il semble rationnel de les admettre de préférence (p. 349 et 352) : toutefois, le juge de paix est arbitre souverain en pareille matiere.

Le juge de paix peut appeler des parents ou alliés, à quelque distance qu'ils soient domiciliés; mais il ne pourrait ni appeler des parents d'un degré plus éloigné pour les substituer à des parents plus proches, ni un ami pour le substituer à un allié domicilié dans le rayon de deux myriamètres.

La loi veut que le parent soit préféré à l'allié *au même degré.* — S'il se trouve à un degré plus éloigné, ce dernier doit l'emporter.

En cas de concurrence entre des parents ou des alliés au même degré, l'âge détermine l'ordre de la vacation.

Quant aux amis, ils ne sont appelés que pour compléter dans chaque ligne le nombre de parents (art. 409) qu'elle doit fournir. (P. 345.)

Question. — L'alliance une fois formée, subsiste comme la parenté, malgré le décès de l'époux qui la produisait. (P. 346.)

La loi fait exception, en faveur des frères germains et des maris des sœurs germaines, à la règle qui limite à six le nombre des membres du conseil de famille. — Ils sont tous membres nécessaires.

Nous pensons qu'il faut étendre cette exception aux ascendantes veuves et aux ascendants même excusés de la tutelle. — En conséquence, nous déciderons qu'ils sont, comme les frères germains, membres nécessaires, et qu'on doit les excepter de la limitation du nombre légal. (P. 348 et suiv.)

Question. —Les neveux, enfants de frères germains, doivent être appelés au conseil de famille. (P. 348.)

La loi déclare incapables de faire partie d'un conseil de famille : les femmes, excepté la mère et les autres ascendantes ; les interdits ; les mineurs ; enfin, ceux qui ont, ou dont les père et mère ont, avec le mineur, un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis (art. 442).

Elle exclut du conseil, par voie de conséquence : 1° ceux qui ont été exclus ou destitués d'une tutelle, d'une subrogée tutelle, d'une curatelle ; — 2° ceux qui ont été condamnés à une peine infamante ; —

3° enfin, ceux auxquels un jugement correctionnel a interdit le droit de voter dans les assemblées de famille (art. 445, p. 393).

Formes de la délibération du conseil de famille (art. 415 et 416).

La présence des trois quarts au moins des membres régulièrement *convoqués* est de rigueur. — Le juge de paix, président-né du conseil, est en sus de ce nombre.

Ce magistrat a voix *délibérative;* de plus, sa voix est *prépondérante* en cas de partage. — Le mot *partage* ne peut s'entendre évidemment que du cas où deux opinions se sont formées; c'est alors seulement que celle du juge de paix fait pencher la balance. (*Voy.* toutefois p. 353.) En un mot, les décisions du conseil ne peuvent être prises qu'à la *majorité absolue.* — Lorsque des avis divers ont été émis, on applique les dispositions des articles 116 et 117 Pr. — Si les membres de la minorité la plus faible refusent de se rallier à l'une des deux autres opinions, nous pensons que le tribunal doit statuer. (P. 354.)

Le tuteur et le subrogé tuteur ont voix délibérative lorsqu'ils sont membres du conseil; toutefois, le tuteur ne peut voter ni pour la nomination (art. 423), ni pour la destitution du subrogé tuteur (art. 426).

SECTION V.

Du subrogé tuteur (art. 420-426).

Voy. le sommaire (p. 355).

Dans toute tutelle il y a un subrogé tuteur : nous exceptons seulement le cas où un tuteur *ad hoc* aurait été nommé. — La subrogée tutelle est toujours dative (art. 420).

Question. — Le subrogé tuteur peut voter dans les assemblées de famille qui ont pour objet la destitution du tuteur, bien que ce soit lui qui ait provoqué cette mesure. (P. 357.)

Lorsque la tutelle est légitime ou testamentaire, le tuteur doit, sous peine de destitution en cas de dol, faire convoquer, avant d'entrer en fonctions, un conseil de famille, pour procéder à la nomination du subrogé tuteur (art. 421).

Question. — Hors le cas où il s'agit d'un acte d'administration, le tuteur est sans qualité pour agir, avant qu'un subrogé tuteur ait été nommé. (P. 358.)

Lorsque la tutelle est dative, le subrogé tuteur est nommé immédiatement après le tuteur; mais ce dernier, lors même qu'il fait partie du conseil, ne peut prendre part à la délibération. (Art. 422 et 423.)

Le subrogé tuteur doit être pris, hors le cas de frères germains, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartient pas. — S'il n'y a de parents que dans une seule ligne, on choisit un étranger.

Questions. —Le conseil peut confier la subrogée tutelle à un étranger,

bien qu'il y ait des parents dans l'une et dans l'autre ligne. (P. 360.)

La loi ne fait exception qu'en faveur des frères germains, à la règle que le subrogé tuteur doit être pris dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartient pas; — on ne pourrait donc étendre aux parents germains d'un degré plus éloigné le bénéfice de cette exception; il faut alors prendre pour subrogé tuteur un étranger. (P. 260.)

Le conseil de famille peut révoquer le subrogé tuteur s'il est impropre à cette mission. (P. 360 et 361.)

Le subrogé tuteur peut provoquer la destitution du tuteur; mais le tuteur ne peut provoquer celle du subrogé tuteur (art. 426).

Questions. — Le subrogé tuteur peut invoquer les causes d'excuse déterminées par les articles 423 et 426. (P. 362.)

Hors le cas où il s'agit de remplacer le subrogé tuteur, le tuteur peut prendre part aux délibérations du conseil de famille. (P. 362.)

SECTION VI.

Causes qui dispensent de la tutelle.

Voir le sommaire (p. 362).

Les fonctions de tuteur et celles de subrogé tuteur sont considérées comme des charges publiques : on ne peut dès lors s'en dispenser que dans les cas spécialement prévus par la loi.

Il appartient au conseil de famille de statuer, sauf recours devant les tribunaux. — Les règles que nous allons parcourir sont communes au tuteur et au subrogé tuteur.

Excuse fondée sur l'acceptation de fonctions publiques (art. 427-442).

De tout temps, la loi a considéré comme une cause d'excuse certaines dignités éminentes, bien que la dénomination de plusieurs d'entre elles ait changé, eu égard aux divers gouvernements qui ont successivement régi la France (art. 427).

Question. — Ces excuses ne peuvent être invoquées par le père de famille, pour s'affranchir de la tutelle de ses propres enfants. (P. 365.)

La loi dispense également de la tutelle : 1° les militaires, car leur vie errante s'oppose à ce qu'ils puissent remplir convenablement les devoirs qu'impose cette charge; — 2° les individus qui ont accepté des fonctions publiques dans un département autre que celui où la tutelle s'est ouverte. — Une mission du gouvernement n'est une cause d'excuse qu'autant qu'elle émane du chef du pouvoir lui-même (art. 428). — Si la mission est secrète, la personne désignée doit représenter au conseil

de famille un certificat du ministre constatant que la mission a une importance assez grave pour dispenser de la tutelle; elle ne doit pas en faire connaître l'objet (art. 429).

Au reste, l'acceptation des fonctions publiques dont il s'agit ne constitue pas une incapacité; rien n'empêche les personnes qui les exercent de renoncer à l'avantage que leur offre la loi. — Deux cas ont été prévus : ou le tuteur désigné remplissait déjà des fonctions publiques lorsqu'on lui a déféré la tutelle, ou ces fonctions lui ont été déférées depuis : au premier cas, il doit, avant de faire aucun acte de gestion, et au plus tard dans le délai de trois jours à partir de la notification, présenter ses excuses;—au second cas, il doit faire convoquer *dans le mois* un conseil de famille pour procéder à son remplacement; ces délais expirés, il est réputé renonçant. (Art. 430 et 431, p. 366.)

Si la cause qui motivait la dispense vient à cesser, le conseil de famille peut rendre la tutelle à l'ancien tuteur. (P. 367.)

Question. — La disposition finale de l'article 431 ne pourrait être invoquée par celui qui se serait prévalu de l'acceptation de fonctions, services ou missions, à l'effet de se faire décharger de la tutelle. (P. 367.)

Excuse fondée sur l'âge ou sur les infirmités (art. 433 et 434).

On peut se dispenser *à suscipiendâ tutelâ,* lorsqu'on est parvenu à l'âge de 65 ans *accomplis;* — on ne peut se faire décharger *à susceptâ tutelâ* qu'à l'âge de 70 ans; encore faut-il, dans ce dernier cas, que le tuteur ait été nommé avant l'âge de 65 ans (art. 453).

Nonobstant le silence du texte, nous n'hésitons pas à penser que la 70e année doit être accomplie. (P. 370.)

Nul doute que l'excuse fondée sur l'âge peut être invoquée par le tuteur légitime, comme par le tuteur datif et le tuteur testamentaire (art. 433, p. 369).

L'infirmité, état continuel qu'il ne faut pas confondre avec la maladie, qui n'est qu'un état passager, serait une cause d'excuse soit *a suscipiendâ tutelâ*, soit *à susceptâ tutelâ*, si elle mettait le tuteur dans l'impossibilité absolue de conserver l'administration (art. 434).

La loi ne détermine pas de délai fatal pour la présentation de cette dernière cause d'excuse.

Excuse fondée sur le nombre de tutelles (art. 435).

La charge de deux tutelles dispense les *célibataires*, ou les veufs sans enfants, d'en accepter une troisième.

Le titre d'époux ou de père (les enfants fussent-ils majeurs ou émancipés) équivaut à une tutelle; dès lors, celui qui réunit à l'une de ces qualités la charge d'une tutelle ne peut être tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses propres enfants (435).

Observons que l'article 435 suppose le cas d'une excuse *à suscipiendâ tutelâ.*

D'où nous concluons : 1° que l'individu chargé de deux tutelles ne peut, en contractant mariage, se faire décharger de l'une d'elles; — 2° que l'individu chargé de deux tutelles ne peut refuser celle des enfants légitimes qui lui surviendront. (P 313.)

Observons, qu'il s'agit ici de la paternité légitime: l'excuse ne peut être invoquée par les père et mère naturels.

Les enfants adoptifs ne peuvent compter que pour leur père naturel.

Question.—L'individu, veuf et tuteur de son enfant, peut refuser une seconde tutelle. (P. 373.)

Excuse fondée sur le nombre d'enfants (art. 436 et 437).

Ceux qui ont cinq enfants légitimes sont dispensés de toute tutelle, excepté celle de leurs enfants. (P. 372.)

En règle générale, les enfants vivants peuvent seuls être comptés.

Cette règle souffre exception :

1° A l'égard des enfants morts en activité de service;

2° Lorsque les enfants morts ont laissé des descendants : ces derniers comptent pour la tête qu'ils représentent.

Question. — En matière de dispense de tutelle, les enfants morts civilement sont réputés existants. (P. 374.)

Observons que le nombre d'enfants dispense *à suscipiendâ tutelâ,* mais non *à susceptâ tutelâ.* (P. 374.)

Excuse fondée sur le sexe (art. 390 et 442).

Le sexe est une cause de dispense pour la mère et pour les ascendantes; pour toutes autres personnes, il constitue une incapacité. (P. 374.)

Excuse fondée sur la non-parenté (art. 432).

Cette excuse n'existe qu'en faveur des personnes étrangères à la famille; elle peut être invoquée, lorsqu'il existe dans un rayon de quatre myriamètres des parents en état de gérer la tutelle. (P. 367.)

Époque à laquelle doivent être proposées les excuses. — Autorité compétente pour en connaître (art. 438-441).

Si la tutelle est *dative*, on distingue : le tuteur assiste à la délibération, ou il n'est pas présent : au premier cas, il doit réclamer immédiatement (art. 438); — au second cas, il doit présenter ses excuses dans le délai de trois jours à partir de la notification qu'on lui a faite de sa nomination (439).

Le tuteur légitime ou le tuteur testamentaire doivent réclamer dans le même délai, lequel court pour eux à partir de la connaissance qu'ils ont acquise de l'événement qui a donné lieu à la tutelle. (Arg. de l'art. 439.)

Le delai doit être franc. — Il est augmenté d'un jour par trois myriamètres. (P. 374.)

Question. — Si le tuteur nommé était en voyage, ou s'il était atteint d'une maladie grave au moment de la notification faite à son domicile, le délai courrait à partir du jour où le tuteur aurait connu sa nomination. (P. 376.)

Le tuteur dont les excuses sont rejetées peut se pourvoir devant le tribunal contre cette délibération; — il doit former sa demande contre le subrogé tuteur, s'il y en a un; sinon, contre les membres qui ont voté pour le rejet des excuses.

Si le tribunal admet les excuses, les membres du conseil qui ont formé la majorité *peuvent* être condamnés aux dépens. — Si le tuteur succombe, c'est lui qui les supporte (art. 440 et 441).

La loi ne détermine pas de délai fatal pour le recours; mais, en fait, l'incertitude sera de courte durée.

Pendant le litige, le tuteur doit administrer provisoirement. (P. 371.)

Il est bien entendu que le conseil de famille peut admettre toute excuse, quelle qu'elle soit, lors même qu'elle n'est pas écrite dans la loi; car, avant tout, il importe de considérer l'intérêt du mineur.

SECTION VII.

Incapacité, exclusion, destitution de la tutelle (art. 442-449).

Voir le sommaire (p. 378).

Causes d'incapacité.

Il existe cinq causes d'incapacité :

1° La *minorité :* il n'y a point lieu de distinguer entre le mineur émancipé et le mineur non émancipé.

Toutefois, les père et mère sont exceptés; mais on s'accorde à restreindre leurs pouvoirs comme tuteurs aux actes qu'ils auraient la capacité de faire pour eux-mêmes sans l'assistance de leur curateur.

2° L'*interdiction.* — Nous assimilerons à l'interdit l'individu qui est soumis à un conseil judiciaire. (P. 380.)

3° Le *sexe* est une excuse pour la mère et pour les ascendantes; pour toutes autres il produit une incapacité.

4° L'*opposition d'intérêts.* — Il faut, pour créer une incapacité, que le procès ait une haute importance; autrement, le subrogé tuteur se bornerait à prendre, en vertu de l'article 420, les intérêts du mineur. (P. 381 et 382.)

5° Enfin, pour chaque tutelle en particulier, on ne peut prendre dans la même ligne le tuteur et le subrogé tuteur. — La loi n'excepte que le cas de deux frères germains ou maris de sœurs germaines.

Questions. — La quatrième cause d'incapacité est limitative ; on doit la restreindre au cas de litige existant entre le tuteur d'une part, et le mineur ou ses père et mère d'autre part. (P. 382.)

Les père et mère naturels encore *mineurs* et *non éman-*

cipés ne peuvent être nommés tuteurs de leurs propres enfants. (P. 383.)

Les ascendantes encore mariées ou remariées peuvent être nommées tutrices, mais sous la condition que leur mari sera cotuteur. (P. 383.)

Causes d'exclusion et de destitution (443-449).

Voir le sommaire (p. 383).

Quatre causes rendent indigne des fonctions de tuteur ou de subrogé tuteur :

1° La condamnation à une peine *infamante* (art. 443); — en ce cas, l'exclusion ou la destitution a lieu de plein droit.

2° L'*inconduite notoire*. — Le mot *inconduite* comprend non-seulement le défaut d'ordre, mais encore la dissolution des mœurs. — Il faut que l'inconduite ait été *notoire* : on ne serait pas admis à rechercher des faits cachés.

3° L'*incapacité* ou l'*infidélité*. — L'*incapacité* résulte de l'inexpérience, de l'inaptitude; l'*infidélité*, de l'indélicatesse, de l'improbité.

Le mot *gestion* s'entend non-seulement par rapport au patrimoine d'autrui, mais encore par rapport au patrimoine personnel de celui qu'on veut exclure. (P. 386.)

La première cause produit son effet de plein droit; les deux dernières doivent être appréciées par le conseil de famille.

Toutes les fois qu'il y a lieu de constater ou de faire prononcer une destitution, le conseil de famille est convoqué, soit à la requête du subrogé tuteur, soit par un ou plusieurs parents ou alliés du mineur au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches, soit d'office par le juge de paix (art. 446).

Question. — Le subrogé tuteur, ou le parent qui a provoqué la destitution, peut voter dans le conseil de famille convoqué pour cet objet. (P. 387.)

Le conseil de famille délibère sur les allégations proposées (art. 447 et 448).

Si elles sont graves et pertinentes, le tuteur est appelé pour donner ses explications.

La délibération qui prononce l'exclusion ou la destitution doit être motivée.

Trois hypothèses peuvent alors se présenter :

1° Le tuteur adhère à la délibération : il est fait au procès-verbal mention de l'adhésion, et le nouveau tuteur entre aussitôt en fonctions;

2° Il refuse d'adhérer : le subrogé tuteur ou l'un des membres du conseil de famille poursuit alors l'homologation et assigne le tuteur exclu ou destitué devant le tribunal;

3° Le tuteur exclu ou destitué intente lui-même l'action récursoire : — l'action doit être dirigée contre le *subrogé tuteur*. (P. 390.)

Les frais sont supportés par le tuteur s'il succombe; dans le cas contraire, ils sont en général à la charge du mineur.

Le tuteur qui n'adhère point à la délibération reste en fonctions jusqu'au jugement à intervenir; mais le tribunal pourrait ordonner l'exécution provisoire de la délibération. (P. 390.)

Question. — Les dispositions relatives aux causes d'exclusion ou de destitution sont de droit étroit; on ne peut admettre, sous l'empire du Code, l'inimitié, l'état d'indivision, et autres causes que déterminait le droit romain. (P. 391.)

Les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution que nous venons de parcourir, emportent déchéance de la qualité de membre du conseil de famille. — Mais observons qu'on ne peut les invoquer directement : la loi veut qu'elles aient été, au préalable, appliquées à une tutelle : *Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle*, etc., porte l'article 445. (P. 393.)

SECTION VIII.

De l'administration du tuteur.

Le tuteur a des obligations à remplir lorsqu'il entre en charge et pendant la durée de sa gestion.

Obligations imposées au tuteur lorsqu'il entre en fonctions (art. 451).

Voy. le sommaire (p. 394 et suiv).

Quatre obligations principales sont imposées au premier tuteur lorsqu'il entre en charge; il doit :

1° Faire nommer un subrogé tuteur; ce qui suppose que la tutelle est légitime ou testamentaire (p. 397);

2° Provoquer la levée des scellés, et faire procéder à l'inventaire dans les dix jours qui suivent celui de sa nomination dûment connue de lui.

Le tuteur doit, sous peine de déchéance, déclarer, sur la réquisition du notaire, si quelque chose lui est dû par la succession. (P. 399.)

Question. — Celui qui dispose à titre gratuit en faveur du mineur ne peut dispenser le tuteur de faire inventaire. (P. 401.)

3° Faire vendre aux enchères, dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire, tous les meubles autres que ceux dont le conseil de famille a ordonné la conservation en nature (art. 452, p. 406).

Toutefois, les père et mère, tant qu'ils ont la jouissance légale des biens de l'enfant, peuvent se dispenser de vendre, mais sous certaines conditions (art. 453, p. 406).

4° Faire régler par le conseil de famille la dépense annuelle du mineur (p. 407); mais la loi fait encore exception en faveur des père et mère, sans distinguer s'ils ont ou non l'usufruit légal (art. 454).

Il est bien entendu que cette fixation approximative n'est pas un forfait, et que, dans tous les cas, le tuteur doit rendre compte.

Par la même décision, le conseil de famille autorisera le tuteur, s'il

y a lieu, à se faire aider par un ou plusieurs administrateurs *salariés* qui géreront sous sa responsabilité. — Les père et mère autorisés à se faire aider par un administrateur salarié ne sont pas tenus, selon nous, de faire déterminer le montant des salaires. (P. 410.)

Questions. — Le conseil de famille doit déterminer le montant de la dépense annuelle du mineur, même dans le cas où la mère survivante, non investie de la tutelle, a l'exercice de la puissance paternelle. (P. 410.)

Nonobstant ces mots du 2e alinéa de l'article 454 : *le même acte spécifiera*, etc., on décide que le tuteur pourrait, mais à ses risques et périls, donner mandat à un tiers pour certaines affaires déterminées. (P. 411.)

Le tuteur pourrait, sous sa responsabilité, conférer à un tiers l'administration générale de toutes les affaires de la tutelle. (P. 411.)

5° Déterminer la somme à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation d'employer les économies faites sur les revenus.

Le tuteur est arbitre du mode d'emploi, à moins que le conseil de famille n'ait tracé quelques règles à cet égard.

L'emploi doit être fait dans les six mois, à compter du jour où la somme a été complétée.

Après l'expiration de ce délai, le tuteur est tenu, par le seul effet de la loi, de l'intérêt des sommes non placées.

Il est bien entendu qu'en accordant au tuteur six mois pour faire le placement, la loi n'entend pas lui conférer un bénéfice : sans aucun doute, il devrait compte des intérêts, si l'emploi avait eu lieu avant l'expiration de ce délai.

Question. — La loi parle seulement des intérêts capitalisés : mais il n'est pas douteux que l'emploi des capitaux doit avoir lieu dans le même délai, qu'ils aient été trouvés dans la succession, qu'ils aient été recueillis pendant le cours de la tutelle, ou qu'ils proviennent de la vente des meubles. (P. 413.)

Si le tuteur, même le père ou la mère, n'a pas fait déterminer la somme à laquelle commencera pour lui l'obligation de faire emploi, il doit l'intérêt de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit ;

S'il était débiteur du pupille, il doit l'intérêt à partir du jour où sa dette est devenue exigible. (P. 414.)

Question. — Lorsque la tutelle est celle du survivant des père et mère, le conseil de famille n'est appelé ni à spécifier s'il pourra se faire aider par des administrateurs salariés, ni à déterminer la somme à laquelle commencera l'obligation de faire emploi. (P. 410 et 414.)

Règles générales sur la gestion du tuteur en exercice (art. 450-468)

Voy. le sommaire (p. 415).

Le tuteur est soumis à quatre obligations principales; il doit :

1° Prendre soin de la personne du mineur : c'est même là son principal devoir; l'administration des biens n'est qu'un objet secondaire : *tutor personæ non rei datur;* ce qui ne veut pas dire, cependant, que l'administration de la personne et l'administration des biens ne puis-être séparées (art. 450, p. 417).

Le tuteur qui a des sujets de mécontentement graves sur la conduite du mineur peut porter ses plaintes au conseil de famille, et provoquer des mesures de correction : il n'est point appréciateur unique des écarts commis par le mineur (art. 468).

2° Le représenter dans tous les actes susceptibles d'être faits par délégation. (P. 418 et 419.)

3° Administrer en bon père de famille, sous peine de tous dommages-intérêts envers le mineur. — Le payement de ces dommages-intérêts est garanti par une hypothèque sur les biens du tuteur.

4° Rendre compte de sa gestion lorsqu'elle finit. — Nous reviendrons sur ce dernier point.

Comment concilier la règle que le mineur est représenté par son tuteur dans tous les actes civils, avec celle qui lui accorde le droit de se faire restituer en cas de lésion? — Le mineur peut toujours rendre sa condition meilleure ; il n'est point complétement effacé par son tuteur. (P. 420.)

Voyons maintenant quelle est l'étendue des pouvoirs du tuteur.

Actes que le tuteur peut faire en sa seule qualité.

Le tuteur a qualité pour faire seul tous les actes qui ont rapport à la jouissance, c'est-à-dire, qui ont pour objet de tirer des biens tout le profit qu'ils sont susceptibles de produire; par exemple, passer des baux, en se conformant aux règles des art. 1429 et 1430; louer des meubles (p. 422); faire les réparations d'entretien; recevoir des payements; faire emploi des capitaux; exercer, soit comme demandeur, soit comme défendeur, les actions mobilières.—Il peut même défendre aux actions immobilières, etc.

Les actes faits par le tuteur dans cette limite sont obligatoires pour le mineur, comme s'ils étaient faits par ce dernier lui-même depuis sa majorité.

Questions. — Le tuteur n'a point qualité pour faire les grosses réparations. — Les engagements qu'il a contractés pour cette cause envers des architectes ou entrepreneurs ne sont obligatoires pour le mineur que dans la limite du profit qu'il en a retiré. (P. 427.)

Même décision lorsqu'il s'agit soit de travaux d'amélioration, soit de constructions nouvelles. (P. 428.)

Le tuteur, créancier du mineur, doit se payer par ses mains ; toutefois, l'extinction ne s'opère point par compensation jusqu'à due concurrence, un créancier n'étant point tenu de recevoir son payement par partie. (P. 429.)

Le tuteur peut cultiver par lui-même les biens du pupille. (P. 429.)

Le tuteur peut, comme le mari à l'égard des biens de la femme, passer ou renouveler des baux, encore que l'exécution de ces baux ne doive commencer qu'après la majorité du pupille. (P. 429.)

Actes que le tuteur ne peut faire sans l'autorisation préalable du conseil de famille.

Le tuteur doit obtenir cette autorisation :

1° Pour accepter ou répudier une succession (art. 461).

La loi fait au mineur l'application du principe général qui autorise tout héritier renonçant à reprendre la succession répudiée, tant qu'elle n'a pas été recueillie par un autre, mais à charge de respecter les actes faits pendant la vacance (art. 462).

2° Pour accepter une donation entre-vifs (art. 463);

3° Pour *introduire* une action *immobilière*, ou pour acquiescer à une demande relative aux mêmes droits (art. 464, p. 434 et 435);

4° Pour prendre à bail les biens du mineur (art. 450);

5° Enfin, pour transférer une inscription de rente au-dessus de 50 fr., une action ou une fraction d'action de la banque de France au-dessus de cette somme (*voy.* p. 403 et suiv.).

Questions. — Le tuteur doit être autorisé, même pour accepter un legs particulier. (P. 432.)

La prescription court contre le mineur dans l'intervalle de la répudiation à la reprise de l'hérédité, nonobstant le principe de l'article 2252. (P. 433.)

Actes pour lesquels la loi requiert l'homologation du tribunal.

La délibération du conseil de famille doit être homologuée, lorsqu'il s'agit de faire un emprunt, d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles du mineur (art. 457-459).

Les actes ne peuvent être autorisés que pour cause de *nécessité* absolue, ou lorsque l'*avantage* est évident. (P. 437.)

Lorsqu'il s'agit d'une aliénation ou d'une hypothèque, le conseil de famille doit indiquer les immeubles qui seront vendus ou hypothéqués de préférence, et déterminer la condition de la vente.

Toutefois, les formalités exigées par les articles 457 et 458 ne sont point applicables en matière de licitation (art. 460).

Question. — Les affiches et les enchères sont de rigueur pour la vente des immeubles. (P. 439.)

Actes soumis à des formes spéciales.

Ces actes sont : 1° le partage; 2° la transaction.

Si la demande en partage est formée contre le mineur, le conseil de famille n'a pas d'autorisation à donner. — Mais dans tous les cas, pour que le partage soit définitif *à l'égard du mineur*, il faut observer les formes prescrites soit par le Code de procédure, soit par les art. 466 et suiv. du Code civil; sinon il est réputé provisionnel. (*Voy.* p. 444 et suiv.)

Pour la transaction, il faut avoir pris au préalable l'avis de trois jurisconsultes (art. 467) désignés par le ministère public. (P. 447.)

Le partage et la transaction doivent être soumis à l'homologation du tribunal.

Actes interdits au tuteur à raison de sa qualité.

Voy. le sommaire (p. 448).

Le tuteur ne peut acheter les biens du mineur, ni accepter contre lui la cession d'aucun droit (art. 450, 3e alinéa). — On a voulu prévenir le danger d'une situation qui placerait le tuteur entre ses devoirs et ses intérêts.

Il ne peut disposer à titre gratuit des biens du mineur, même avec l'autorisation du conseil de famille. (P. 452.)

Les intérêts du mineur ne peuvent être l'objet d'un compromis (1003 Pr.)

Remarquons surtout :

1° Que la loi ne parle que du tuteur;

2° Que les mots *achat* et *cession* impliquent la pensée que le tuteur n'avait aucun autre titre pour devenir propriétaire (p. 449);

3° Que la règle prohibitive cesse d'être applicable, lorsque les circonstances sont telles, que le tuteur n'a pu concevoir la pensée d'un lucre ou d'un trafic. (P. 450.)

Déjà nous avons vu que le tuteur ne peut prendre à ferme les biens du mineur, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail. (P. 451.)

Question. — La cession d'un droit que le tuteur a accepté contre le mineur, au mépris de la prohibition de l'art. 450, est nul, mais seulement par rapport au mineur, lequel a le choix, ou de prendre l'opération pour son compte, ou de faire annuler la cession; — dans ce dernier cas, le tuteur cessionnaire pourra répéter ce qu'il aura payé pour avoir la créance ou le droit, et le mineur n'aura pas cessé d'avoir le cédant pour créancier. (P. 453.)

Fin de la tutelle.

La tutelle cesse : *ex parte minoris*, par la majorité, par l'émancipation ou par la mort du pupille; — *ex parte tutoris*, par la mort du

tuteur, lorsqu'il s'est fait excuser, lorsqu'il a été destitué, enfin, en cas d'absence. — Au reste, cette division admise par la doctrine manque d'exactitude; car il est bien certain que la cessation des pouvoirs du tuteur n'entraîne pas l'extinction de la tutelle. (P. 454.)

En cas de mort du tuteur, ses héritiers, sans même excepter les femmes, doivent continuer la gestion jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur : leur position est de tout point semblable à celle des héritiers du mandataire (2010). (P. 455 et suiv.) — Ils sont comptables des intérêts des sommes non placées, mais leurs biens ne sont pas frappés d'hypothèque légale. (P. 455.)

Dans tous autres cas où la tutelle finit *ex parte tutoris*, l'hypothèque légale subsiste jusqu'au remplacement du tuteur, même pour les actes qui n'ont pas une connexité nécessaire avec ceux qu'il a faits avant sa déchéance.

SECTION IX.

Des comptes de tutelle (art. 469 et 475).

Voy. le sommaire (p. 459).

Quelles personnes doivent rendre compte (art. 469 et 470).

Tout tuteur doit compte de sa gestion lorsqu'elle finit; — le conseil de famille peut même imposer au tuteur (autre toutefois que le père ou la mère) l'obligation de remettre au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion. — Mais le tuteur ne peut être astreint à en fournir plus d'un chaque année. (P. 464.)

Questions. — Le tuteur ne peut jamais être dispensé de rendre compte. — Cette dispense, stipulée dans une donation faite au mineur, serait réputée non écrite. (P. 265.)

Le disposant peut valablement donner ou léguer au tuteur le reliquat de son compte. (P. 465.)

Frais de compte. — Dans quelles formes il doit être rendu (471 et 472).

Le compte définitif peut être rendu soit à l'amiable, soit en justice.

Les frais de compte judiciaire sont supportés par le mineur, mais le tuteur doit en faire l'avance. — La loi n'entend évidemment parler que des frais connus sous la dénomination de *dépenses communes :* il est évident que tous autres frais, notamment ceux que peut entraîner le débat du compte, sont supportés, conformément au droit commun, par la partie qui succombe. (P. 467.)

On doit passer au tuteur toutes les dépenses qui sont utiles et bien justifiées; la représentation d'une quittance n'est pas nécessaire. (P 468.)

Telle est l'importance que la loi attache à la reddition de compte, qu'elle déclare nul *tout traité* intervenu entre le tuteur et le mineur devenu majeur, s'il ne s'est écoulé dix jours depuis la remise (constatée par un récépissé du mineur) des pièces justificatives (art. 472).

Le mot *traité* embrasse tous les cas où l'acte, quel que soit son objet, transaction, vente ou autre, emporte directement ou indirectement dispense de rendre ultérieurement compte de la gestion de tutelle, en tout ou en partie. (P. 470.)

Cette prohibition atteint non-seulement le tuteur, mais encore ses héritiers ou autres successeurs. (P. 472.)

Du reste, la nullité n'est que relative (p. 473); elle s'éteint par l'exécution volontaire et par la renonciation soit expresse, soit tacite. — L'incapacité spéciale résultant de l'article 472 ne peut se prolonger au delà de dix années, à partir du jour où le mineur est devenu majeur.

Questions. — La prohibition s'applique non-seulement au mineur devenu majeur, mais encore au mineur émancipé. (P. 475.)

En cas de mort du mineur, lors même qu'il a laissé des héritiers ou successeurs à titre universel, la règle de l'article 472 cesse d'être applicable. (P. 475.)

Même décision, *à fortiori*, lorsque le mineur a transmis à titre particulier, depuis l'époque où il a l'exercice de ses droits, son action en reddition de compte. (P. 475.)

Les contestations auxquelles le compte peut donner ouverture doivent être portées devant le tribunal du lieu où la tutelle s'est ouverte.

Effets de la reddition du compte de tutelle (art. 474).

Le compte de tutelle, régulièrement rendu, apuré et arrêté, fixe la position respective des parties. — Toute demande en révision est interdite; le mineur lui-même, malgré l'extrême faveur dont il jouit, ne peut l'attaquer dans son ensemble : ainsi, le compte entier ne peut être déclaré nul sous prétexte que, relativement à tels ou tels articles, il est inexact; mais rien ne s'oppose à ce qu'on en demande la rectification, car tout compte renferme autant de contrats distincts et séparés entre le *rendant* et l'*oyant*, qu'il s'y trouve d'articles de recettes et de dépenses. (P. 476.)

Pendant combien de temps la demande sera-t-elle recevable? Pendant dix ans à partir de la majorité (en supposant que ce soit cette cause ou l'émancipation qui ait mis fin à la tutelle), si la rectification est relative à *un fait de tutelle;* — pendant trente ans à partir de l'arrêté de compte, s'il s'agit d'irrégularités matérielles qui se sont glissées dans le compte; mais il n'y a point lieu à l'application des articles 474, quant aux intérêts, et 2121, quant à l'hypothèque légale. (P. 481.)

Questions. — Si la tutelle a cessé par la mort du mineur, les dix années accordées pour la rectification, lorsqu'il s'agit d'un fait de tutelle, courent, savoir : si les héritiers sont majeurs, à partir du décès; s'ils sont mineurs, à partir de leur majorité. [P. 481 et 482.]

Le mineur jouit, pour le montant de ce qui lui est dû

à raison de ce fait, du bénéfice des articles 474 et 2121, quand même il aurait renoncé à ce bénéfice par une clause insérée dans l'arrêté de compte.—L'hypothèque a la même durée que l'action, c'est-à-dire dix ans. (P. 479 et 470).

Bien que les intérêts ne soient dus, en principe, qu'à partir du jour de la demande (1153), la loi, par une faveur spéciale accordée au mineur, fait courir de plein droit, à partir de la clôture du compte, ceux du reliquat dont le tuteur peut être tenu (art. 474). (P. 476.)

L'action en payement du reliquat dure trente ans; l'hypothèque légale, qui en est l'accessoire, a la même durée. (P. 478.)

Il peut arriver, d'un autre côté, que le tuteur se trouve, par l'effet de l'arrêté de compte, créancier du mineur; mais alors les intérêts ne courent en sa faveur que du jour de la sommation de payer qu'il a faite au mineur ou à ses représentants. (P. 478.)

Questions. — La disposition de l'article 475, qui limite à dix ans l'action du mineur contre son tuteur, quand il s'agit de faits de tutelle, n'est point applicable lorsque la créance a une autre source. (P. 482.)

Cette créance sera néanmoins garantie par l'hypothèque légale accordée au mineur pendant dix ans à partir de la majorité. (P. 483.)

Si le mineur devenu majeur a conclu, contrairement aux dispositions de l'article 472, un traité avec son tuteur, les dix ans qui lui sont accordés pour intenter l'action en nullité ne courent pas de la date du traité, mais à partir de la majorité. (P. 483.)

L'action du tuteur en payement du reliquat (s'il est en sa faveur) ne se prescrit point par dix ans, mais par trente ans : il n'y a point lieu à l'application du principe de réciprocité. (P. 484.)

CHAPITRE III.

DE L'ÉMANCIPATION (art. 476-487).

Voir le sommaire (p. 485).

L'émancipation peut avoir lieu soit tacitement, soit expressément.

De l'émancipation tacite (art. 476).

L'émancipation tacite s'opère par le seul fait du mariage, sans que les parents aient besoin de manifester leur volonté à cet égard : c'est là un effet de la loi (art. 476).

Le mari mineur est placé, comme celui dont l'émancipation a été déclarée, sous l'assistance d'un curateur.

Quant à la femme mineure, elle n'est affranchie de l'autorité pater-

nelle ou tutélaire que pour tomber immédiatement sous la puissance de son mari.

Le mari mineur ne peut conférer à sa femme d'autres pouvoirs que ceux qu'il a lui-même.

De l'émancipation expresse (art. 477 et 478).

L'émancipation expresse résulte d'une déclaration faite devant le juge de paix du domicile du mineur, c'est-à-dire, du lieu où la tutelle s'est ouverte.

Le droit d'émanciper est un attribut de la puissance paternelle (p. 489); ce droit appartient en conséquence au père, puis à la mère (art. 477), et, à leur défaut, au conseil de famille (art. 478). — Il n'est pas étendu aux ascendants. (P. 491.)

Le juge doit convoquer le conseil de famille à l'effet de statuer sur l'émancipation, lorsqu'il en est requis soit par le tuteur, soit par des parents ou alliés au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches (art. 479).

Questions. — Le juge de paix peut, en ce cas comme dans ceux prévus par les articles 406, 421 et 446, faire d'office cette convocation. (P. 492.)

Il n'est point tenu de déférer à la réquisition qui lui est faite dans ce but soit par le subrogé tuteur, soit par le protuteur, soit par le ministère public, soit même par le mineur. (P. 492.)

L'enfant peut être émancipé à l'âge de quinze ans révolus, s'il a encore ses père et mère (art. 477). — S'ils sont décédés, il ne peut l'être avant d'avoir accompli sa dix-huitième année (art. 478).

Question. — Cette expression de l'article 477 : *à défaut* du père, doit être entendue en ce sens que la mère peut, en cas d'*absence déclarée* ou d'*interdiction*, émanciper son enfant âgé de moins de dix-huit ans. — En cas de présomption d'absence, la mère doit se faire habiliter par le tribunal. (P. 490.)

De quelle manière le curateur est nommé. — Sa responsabilité.

Le curateur est toujours nommé par le conseil de famille. (P. 493.)

La loi n'admet point la curatelle testamentaire. — Elle ne reconnaît d'autres curatelles légitimes que celle du mari sur sa femme en état d'interdiction (p. 493), ou du mari sur sa femme mineure. (P. 488.)

On ne peut nommer qu'un seul curateur. — Il n'y a pas de subrogé curateur.

Les mêmes personnes qui peuvent provoquer la nomination d'un tuteur ont qualité pour requérir celle d'un curateur (art. 406). (P. 495.)

Le curateur est soumis aux mêmes causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution que le tuteur, puisqu'il exerce comme ce dernier une

sorte de charge publique. — Il semble rationnel de décider qu'il peut invoquer les mêmes causes d'excuse. (P. 495.)

Le curateur a pour mission : — 1° d'aider le mineur de ses conseils; 2° de l'*assister*, quand il s'agit d'actes qui excèdent les bornes d'une pure administration. (*V. infrà.*) — Ainsi, à la différence du tuteur, il n'administre pas. (P. 496.)

Du principe que le devoir du curateur se borne à une simple assistance il résulte :

1° Qu'il n'est point personnellement en scène dans les actes et dans les actions qui concernent le mineur;

2° Que ses biens ne sont pas frappés d'hypothèque légale. (P. 496.)

Le curateur, comme tout mandataire, est responsable en cas de négligence grave. (P. 497.)

S'il refuse son concours, le conseil de famille peut ou le remplacer, ou nommer un curateur *ad hoc*. — Si c'est au contraire le mineur qui refuse d'agir, il n'y a point moyen de l'y contraindre. (P. 496.)

La curatelle peut cesser, soit *ex parte curatoris*, soit *ex parte minoris*. (P. 497.)

Effets de l'émancipation relativement à la personne. (P. 497.)

L'émancipation affranchit l'enfant de la puissance tutélaire.

En cas d'émancipation *tacite*, la femme, ainsi que nous l'avons déjà dit, passe sous l'autorité maritale : — ses droits varient en ce qui concerne ses biens, suivant le régime matrimonial auquel elle s'est soumise.

Quant au mari, il devient chef de famille.

Effets de l'émancipation relativement aux biens (480-487).

Le mineur prend l'administration et la jouissance de ses biens; tous les actes qui l'intéressent sont passés en son nom; c'est lui qui intente, et c'est contre lui que doivent être dirigées toutes les actions.

Il est des actes qu'il peut faire seul (art. 481, p. 499);

Il en est qu'il ne peut faire sans l'assistance de son curateur (art. 480 et 482, p. 502);

Il en est d'autres pour lesquels il est assimilé au mineur en tutelle (art. 483 et 484);

Enfin, certains actes lui sont interdits. (P. 508.)

Le mineur peut faire seul, sans assistance, tous les actes de *pure administration;* expression qu'il faut se garder de confondre avec celle-ci : *libre administration.*

Il peut même intenter une action *mobilière* (arg. *à contrario* de l'art. 482). (P. 504.)

Remarquons, toutefois, que les achats de mobiliers, locations de meubles ou d'immeubles, louages de travaux ou de services, et autres actes par lesquels le mineur émancipé se constitue débiteur de sommes

d'argent, peuvent être réduits en cas d'excès. — Nous reviendrons sur ce point.

Questions. — Le mineur émancipé ne peut recevoir par anticipation ses loyers et fermages. (P. 500.)

Il ne pourrait consentir une hypothèque pour sûreté d'une obligation, contractée même pour l'administration de ses biens. (P. 501.)

Il peut employer ses économies en acquisition d'immeubles. (P. 502.)

Le mineur doit être assisté de son curateur pour intenter une action immobilière et pour y défendre, pour donner décharge d'un *capital* mobilier (art. 482), et pour recevoir son compte de tutelle (article 481). (P. 502.)

On entend par *capital*, toute somme due ou payée à un autre titre que celui d'intérêts, d'arrérages ou de fruits.

Le mineur ne pourrait même recevoir seul le montant d'un capital provenant d'économies faites sur ses revenus. (P. 505.)

L'expression *capital mobilier* n'est pas inutile; car certains capitaux, tels que les rentes sur l'État et les actions de la banque de France, peuvent être immobilisés. (P. 504.)

Le curateur doit surveiller l'emploi des capitaux remboursés. (P. 505.)

Le mineur émancipé est assimilé au mineur en tutelle, quand il s'agit d'une aliénation d'immeubles, de l'acceptation ou de la répudiation d'une succession, d'un emprunt, d'une transaction, d'un acquiescement aux actions immobilières, ou à celles qui concernent son état civil. (P. 506 et 507, art. 483 et 484. *Voy.* aussi p. 430, 437, 443 et 447.)

Il ne peut, porte la loi, faire d'emprunts *sous aucun prétexte;* ce qui ne veut pas dire qu'il n'aurait pas cette faculté, si des circonstances impérieuses l'exigeaient, c'est-à-dire, en cas de *nécessité absolue* ou d'*avantage évident :* mais il faudrait l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.

Nous n'entendons point parler des emprunts de sommes modiques commandés par les besoins de la vie, mais seulement de ceux qui peuvent porter atteinte au fonds du patrimoine : tout, en pareille matière, est relatif. (P. 507.)

Le mineur ne peut compromettre que sur les contestations relatives à l'administration de ses biens. (P. 452 et 500.) La faculté de disposer à titre gratuit, soit par donation entre-vifs, soit par testament, lui est interdite tant qu'il n'a pas accompli sa seizième année : parvenu à cet âge, il peut disposer par testament, mais seulement jusqu'à concurrence de la moitié de ses biens. (P. 508.)

Autorité des actes faits par le mineur émancipé.

Le mineur est considéré comme majeur : 1° relativement aux actes qu'il peut faire seul; — 2° pour ses actes commerciaux, s'il est commer-

çant; — 3° lorsqu'il s'agit d'actes qu'il n'avait point la capacité de faire seul, mais pour lesquels les formalités et conditions prescrites par la loi ont été observées.

En conséquence, il n'est restituable contre ces actes que dans les cas où le majeur le serait lui-même (480), c'est-à-dire, pour dol, erreur ou violence (1125). (P. 508.)

Quel serait le sort des actes qu'il aurait faits seul, quoiqu'il fût incapable? Distinguons : s'ils rentrent dans la catégorie de ceux pour lesquels la loi ne requiert que l'assistance du curateur, le mineur ne peut les faire rescinder qu'autant qu'il a été lésé. — Dans tous autres cas, l'acte est annulable, non-seulement pour lésion, mais encore pour vice de forme.

Les engagements qui rentrent dans la classe des actes de pure administration, par lesquels le mineur s'est constitué débiteur de sommes d'argent, sont réductibles en cas d'excès; sauf aux tribunaux à prendre en considération la bonne ou mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses (art. 482, 2e alin.).

Nous pensons que la demande en réduction peut être formée par les mêmes personnes qui auraient le droit de révoquer l'émancipation, puisque ce dernier effet est la conséquence du premier. (P. 511.)

Dans quels cas et sous quelles conditions l'émancipation peut être révoquée. — Conséquences (art. 485).

La réduction des engagements que le mineur a contractés par voie d'achat ou autrement donne lieu au retrait de l'émancipation (article 485).

Pour opérer le retrait de l'émancipation, on observe les formes qu'il faudrait actuellement employer pour la conférer. (P. 511.)

Nous supposons, bien entendu, que le mineur n'est point marié, ou que, devenu veuf, il n'a pas d'enfants; car l'exercice de la puissance paternelle et de la puissance maritale ne peut, dans nos mœurs, se concilier avec l'état de mineur en tutelle. (P. 511.)

Nonobstant les termes de l'article 485, il n'est pas douteux que le mineur peut perdre le bénéfice de l'émancipation, bien que ses engagements n'aient pas été réduits, par cela seul qu'il y a eu lieu à réduction. (P. 512.)

Il est d'ailleurs bien entendu que la réduction prononcée par les tribunaux n'a point pour conséquence nécessaire le retrait de l'émancipation. (P. 513.)

Questions. — L'émancipation peut être retirée au mineur qui, sans contracter d'engagements excessifs, a une mauvaise conduite ou fait de folles dépenses. (P. 513.)

Le mineur ne peut se pourvoir ni contre la déclaration des père et mère, ni contre la délibération qui le fait rentrer en tutelle. (P. 513.)

L'enfant privé du bénéfice de l'émancipation retombe de plein droit soit sous la puissance de ses père et mère, s'ils vivent encore; soit sous l'autorité du tuteur que lui donne la loi, en cas de prédécès de l'un d'eux, ou s'il n'existe plus que des ascendants; — si tous les ascendants sont morts, le tuteur est nommé par le conseil de famille (art. 586). (P. 514.)

Hors le cas de mariage, le mineur déchu du bénéfice de l'émancipation reste soit sous l'autorité paternelle, soit sous l'autorité tutélaire, jusqu'à sa majorité. (P. 514.)

Question.—L'usufruit légal, éteint par l'effet de l'émancipation, renaît si l'émancipation est révoquée. (P. 514).

Du mineur émancipé autorisé à faire le commerce.

Le mineur peut entreprendre un commerce; mais il faut pour cela : — 1° qu'il ait été préalablement émancipé; — 2° qu'il soit âgé de dix-huit ans accomplis; — 3° qu'il ait été dûment autorisé; — 4° que l'acte d'autorisation ait été affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut s'établir (art. 487). (P. 515.)

Le mineur commerçant est réputé majeur pour tous les actes relatifs à son commerce. (P. 515.)

Il n'est pas douteux que les parents, appréciateurs de l'aptitude de l'enfant, peuvent déterminer le genre d'opérations qu'il devra entreprendre, et même se borner à l'habiliter à faire certains actes de commerce.

Il va de soi que ces diverses conditions et formalités ne sont pas nécessaires pour que le mineur puisse exercer une profession ou une industrie; l'article 1308 distingue le mineur artisan du mineur commerçant.

Question. — On peut retirer au mineur l'autorisation qui lui a été conférée d'entreprendre un commerce : il appartient aux tribunaux civils de prononcer sur la demande en révocation. (P. 516.)

TITRE XI.

DE LA MAJORITÉ, DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE.

(Décrété le 29 mars 1803, promulgué le 8 avril.)

Ce titre est divisé en trois chapitres :
Le premier traite de la majorité ;
Le deuxième, de l'interdiction ;
Le troisième, du conseil judiciaire.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MAJORITÉ.

488 — La majorité est fixée à vingt-un ans accomplis (1) ; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile, sous la restriction portée au titre *du Mariage* (2).

=La loi détermine, dans cet article, l'âge auquel, devenu maître de ses droits, l'homme peut se gouverner lui-même et disposer librement de ses biens ; elle fixe la majorité à vingt et un ans révolus pour l'un et l'autre sexe : à cet âge, on est affranchi même de la puissance paternelle.

Cette règle souffre exception :

1° *Relativement au mariage :* la minorité de l'homme se prolonge en ce cas jusqu'à vingt-cinq ans, s'il y a des ascendants (*voy.* 148 et suiv.) ;

2° *Lorsqu'il s'agit de l'adoption :* le fils et la fille ne peuvent, avant l'âge de vingt-cinq ans, être adoptés sans le consentement de leurs parents (346).

Il est bien entendu que la loi ne s'occupe ici que de la majorité purement civile : la majorité politique est soumise à d'autres règles.

CHAPITRE II.

DE L'INTERDICTION.

L'interdiction est l'état où se trouve une personne dépouillée de

(1) En fixant la majorité à 21 ans, le Code civil s'est conformé à la loi du 20 septembre 1792. Avant cette loi, on n'était majeur, dans la plupart des pays coutumiers et dans les pays de droit écrit, qu'à l'âge de 25 ans.

(2) Ajoutez : *et de l'adoption.*

l'exercice de ses droits civils, et privée, par conséquent, du gouvernement de sa personne et de l'administration de ses biens.

L'interdiction est *légale* ou *judiciaire* :

L'interdiction légale est la conséquence de certaines peines : ces peines sont les *travaux forcés à temps*, la *détention* et la *reclusion*.

L'interdiction légale donne lieu, comme l'interdiction civile, à l'organisation d'un conseil de famille, à la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur. — Elle produit, en général, les mêmes effets que l'interdiction judiciaire, sauf quelques différences : ainsi, le tuteur est uniquement chargé de l'administration des biens (29 C. pén.); il n'y a pas lieu pour lui de se faire décharger de la tutelle après dix années de gestion (508 C. civ.) : la mainlevée de l'interdiction est une conséquence nécessaire de l'extinction de la peine (30 C. pén.). Enfin, pendant la durée de la peine, il ne peut être remis au condamné aucune somme, aucune provision, aucune portion de ses revenus (31 C. pén.).

Nous ne parlons pas de l'interdiction légale, suite de la condamnation à une peine emportant mort civile : on sait que, pendant les cinq ans de grâce, les biens du contumax sont en séquestre et régis comme tels par l'administration des domaines (art. 465 Inst. crim. — *V.* t. 1er, p. 112; pages 128 et suiv.).

L'interdiction *judiciaire* est celle qui résulte d'un jugement rendu par le tribunal civil. Elle ne peut être prononcée que pour les causes déterminées par la loi, et seulement à la requête des personnes qu'elle désigne.

Les causes d'interdiction sont l'*imbécillité*, et l'état habituel de *démence* ou de *fureur* (489).

Le tribunal n'est pas dans l'alternative d'admettre la demande ou de la rejeter purement et simplement : il peut prendre un terme moyen, en soumettant le défendeur, pour certains actes importants que la loi prend soin de déterminer, à l'assistance d'un conseil. — Cette mesure, fondée ici sur la faiblesse d'esprit, est autorisée plus loin pour le cas de prodigalité (*voy.* art. 513).

Le jugement d'interdiction, ou celui qui désigne un conseil, produit son effet, non à partir de la demande, mais *du jour* où il a été prononcé.

L'interdiction cesse par la mort de l'interdit, ou par un jugement de mainlevée ; — les formalités prescrites pour obtenir ce jugement sont les mêmes que celles qui sont déterminées pour faire prononcer l'interdiction.

Nous parlerons successivement :

1° Des causes d'interdiction;
2° Des personnes qui peuvent provoquer cette mesure ;
3° De la procédure à suivre;
4° Des effets de l'interdiction ;
5° Des causes qui la font cesser.

Causes d'interdiction.

489 — Le majeur qui est dans un état habituel (1) d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides.

= En réalité, il n'y a qu'une seule cause d'interdiction : le défaut de raison; seulement, cet état se manifeste soit par l'*imbécillité*, soit par la *démence*, soit par la *fureur*.

L'*imbécillité* (ou l'idiotisme) résulte d'une organisation incomplète ou usée. — Dans cette position, l'homme est incapable de concevoir d'autres idées que celles qui se rapportent à ses besoins physiques.

La *démence* ne provient pas de la faiblesse, mais du dérangement des facultés intellectuelles : dans cet état, l'esprit de l'homme ne se prête qu'à des conceptions désordonnées; souvent il y a des intervalles lucides.

La *fureur* est un état de démence portée au plus haut degré; elle pousse l'homme à des mouvements dangereux pour les autres et souvent pour lui-même. Ses accès ont des intermittences; ils sont presque toujours suivis d'une prostration.

La loi n'entend pas seulement parler ici d'un état qui se manifeste par des cris et des transports; elle considère la fureur dans ses résultats : la monomanie, par exemple, lorsqu'elle porte à des excès, peut donner lieu à interdiction, bien qu'elle ne se manifeste par aucun signe extérieur.

Gardons-nous de croire que le législateur se soit proposé de donner ici une nomenclature complète des causes d'interdiction : les physiologistes reconnaissent plusieurs autres genres de folie qui réclament non moins que la démence, la fureur et l'imbécillité, la sollicitude de la loi, à savoir : la manie et la mélancolie. L'article 489 détermine seulement des caractères auxquels les magistrats devront rattacher les faits divers qui leur seront signalés : il suffit, pour motiver l'interdiction, que la personne se trouve, eu égard à ses facultés mentales, hors d'état de se gouverner elle-même et d'administrer ses biens. (*V.* Demolombe, nos 418 et suiv.) (2).

Quant au sourd-muet même non instruit, il n'y a pas lieu de prononcer son interdiction, à moins qu'il ne soit complétement dépourvu d'intelligence, ou qu'il ne puisse manifester ses pensées (3).

La loi exige que le défaut de raison soit *habituel*, c'est-à-dire, qu'il

(1) *État*, manière d'être. — *Habituel*, c'est-à-dire, ordinairement, le plus souvent. — Le mot *habituel* suppose quelques intervalles lucides

(2) Cass., 6 décembre 1831, D., 1831, 1, 368, Dev. Pal.

(3) Magnin, no 580, t. 1er; Merlin, Rép., vo Sourd-Muet, no 1; Delv., p. 131, no 3; — Lyon, 14 janvier 1812, Dev. Pal ; Toulouse, 18 décembre 1839; Rouen, 18 mai 1842, Dev., 1842, 2, 524; Cass., 30 janvier 1844, Dev., 1844, 1, 102; Rouen, 23 août 1849, D., 1850, 2, 57. — *Voy.* Demolombe, nos 437 et suiv.

soit l'état le plus ordinaire de la personne dont l'interdiction est demandée : quelques faits isolés et accidentels ne suffiraient donc point; mais, d'un autre côté, il n'est pas nécessaire que cet état soit *continu :* on ne doit point avoir égard aux intervalles lucides, car ces mouvements de clarté intellectuelle sont souvent difficiles à reconnaître ; d'ailleurs l'individu se trouverait ainsi livré aux piéges de la cupidité. — Enfin, comme le dit Toullier, nº 1312, il faut que l'absence de raison soit relative aux affaires ordinaires de la vie civile : des idées spéculatives mal conçues manifesteraient seulement une faiblesse ou une légèreté d'esprit qui pourrait donner lieu tout au plus à la nomination d'un conseil judiciaire.

Bien que le texte ne parle que du *majeur*, on décide généralement qu'un mineur, même non émancipé, peut être interdit : s'il est furieux, son état peut compromettre l'ordre public ; s'il est seulement privé de raison, il importe d'empêcher qu'il ne se ruine en quelques jours lorsqu'il parviendra à sa majorité (1) ;—d'ailleurs, le mineur est capable de faire des actes pour lesquels toute capacité est refusée à l'interdit : par exemple, à l'âge de seize ans, le mineur peut disposer par testament de la moitié de ses biens ; il peut se marier (2). L'interdit ne peut ni tester ni contracter un mariage valable (*voy.* art. 146, quest.) — En ne parlant que du majeur, notre article se réfère évidemment au cas le plus ordinaire; il statue *de eo quod plerumque fit.*

Appliquez par les mêmes motifs à la nomination d'un conseil judiciaire ce que nous disons sur l'interdiction du mineur (3).

— Si le mineur est en démence au moment de sa majorité, la tutelle se prolonge-t-elle? ✓✓ La loi seule a le pouvoir de retenir l'homme en minorité : or, on sort de tutelle à l'âge de vingt-un ans. — Nul ne peut être privé du droit de disposer de sa personne et de ses biens que par l'effet d'une interdiction (Magnin, 819; Proudhon, p. 333; D., Interdiction, sect. 1re, art. 4).

Par quelles personnes l'interdiction peut être poursuivie.

490 — Tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent. Il en est de même de l'un des époux à l'égard de l'autre.

(1) Ces considérations ont motivé la suppression de l'article 39 du projet qui restreignait l'interdiction au mineur émancipé : cet article était ainsi conçu : « La provocation en interdiction » n'est point admise contre les mineurs non émancipés; elle l'est contre les mineurs émancipés.» (Dur., nº 716; Favard, Interd., § 1er, nº 3; Magnin, nos 824 et suiv.; Toullier, nº 1314; Delv., p. 129, nº 1; Proudhon, t. 2, p. 518; Zach., t. 1er, § 124; Locré, art. 489; Demolombe, nos 443 et suiv.; — Metz, 30 août 1823; Bruxelles, 17 décembre 1850, Pal., 1851, 1, 320; Dijon, 24 avril 1830.)

(2) Metz, 30 août 1824, S., 25, 2, 315; D, Interdiction, sect. 1re, art. 1er; Dijon, 24 avril 1830, S., 30, 2, 218. *Voy.* cep. Magnin, nº 825; Demolombe, nº 442, t. 8, et t. 3, nos 127 et suiv.

(3) Toullier, nº 1314; Dur., nº 716; Locré, art. 489; Proudhon, p. 317; Zach., § 124; Magnin, nº 824; — Bourges, 5 mai 1846, Dev., 1846, 2, 329.

= *Tout parent*, qu'il soit majeur ou mineur, qu'il tienne à la ligne paternelle ou à la ligne maternelle, qu'il soit ou non héritier présomptif, fût-il au douzième degré, même le fils à l'égard du père (Toullier, n° 1315), peut provoquer l'interdiction de son parent. — Ce droit appartient à tous concurremment; car il ne s'agit pas d'un droit, mais d'un devoir de famille: d'ailleurs, tel qui n'est point aujourd'hui successible, pourra se trouver, lors de l'ouverture de la succession, le plus proche en degré (1).

Le droit de provoquer l'interdiction appartient également à chacun des époux l'un à l'égard de l'autre, lors même qu'ils sont séparés de corps: les mutuels secours qu'ils sont tenus de se prêter dans les circonstances difficiles de la vie, et l'intérêt pécuniaire (puisqu'ils seront appelés à la succession l'un de l'autre, s'il n'existe pas de parents successibles), justifient sous tous les rapports cette disposition (767).—Mais la femme devrait se faire autoriser par justice; car elle ne peut, sans autorisation, ester en jugement (215). (Demolombe, n°s 455 et suiv.; Dur., n° 20.)

Toutefois, l'autorisation du mari est tacite, lorsque c'est lui qui provoque l'interdiction de sa femme (2).

Quant aux alliés, ils sont non recevables, qu'il y ait ou non des enfants du mariage, et cela pour deux raisons: 1° le texte ne confère ce droit qu'aux *parents;* par conséquent il le refuse implicitement aux alliés; 2° l'intérêt d'affection est trop affaibli chez eux pour offrir des garanties; et quant à l'intérêt pécuniaire, il est nul, puisque la loi ne les appelle pas à succéder (3).—Ainsi, le mari ne pourrait poursuivre en son propre nom et de son chef l'interdiction d'un parent de sa femme; le beau-père ne pourrait faire interdire son gendre (4), et *vice versâ* (5).

Il est bien entendu que les parents, mineurs ou interdits, ne peuvent provoquer l'interdiction que par l'intermédiaire de leur tuteur (6).

—Nous avons vu que l'interdiction peut être provoquée par tout parent et par le conjoint concurremment: mais supposons qu'une demande en interdiction, formée par l'époux ou par l'un des parents, ait été rejetée: un autre parent pourra-t-il renouveler cette demande, en se fondant sur les mêmes faits? — D'une part, on peut dire que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'autant que la demande est entre les mêmes parties (1351), et que la faculté réservée au défendeur de réclamer des dommages-intérêts le met, d'ailleurs, à l'abri des actions

(1) Toullier, n° 1317; Magnin, p. 667; Dur., n° 718.

(2) Delv., p. 135, n° 6; — Cass., 9 janvier 1822, Dev. Pal.

(3) Dur., n° 718; Magnin, n° 830; Toullier, n° 1317; Proudhon, t. 2, p. 520; — Paris, 23 mai 1835, Dev., 1835, 2, 343; Poitiers, 1er février 1842, Pal., 1842, 1, 749; Metz, 14 décembre 1824, Dev. Pal.; 14 mars 1843, Dev, 1843, 2, 524. *Voy.* cep. Delv., p. 135, n° 3; Pigeau, Proc., t. 2, p 483.

(4) Paris, 23 mai 1835, Pal.

(5) Metz, 14 décembre 1824, Pal. Dev.

(6) Dur, n° 719; Magnin, n° 832; Zach., t. 1er, p. 254; Demolombe, n° 118, t. 5; n° 452, t. 8; —Bruxelles, 15 mai 1807, S., 7, 2, 706; 3 août 1808, 13, 2, 319; Limoges, 20 janvier 1842, Dev., 1842, 2, 432; Metz, 14 mars 1843, Dev., 1843, 2, 524; Douai, 29 novembre 1848, Dal., 1849, 2, 256. — Delv., p. 135, n° 3, n'adopte cette opinion que pour le cas où les mineurs sont héritiers présomptifs. Cette distinction est contraire aux textes.

réitérées qui pourraient être légèrement formées contre lui. ∿ Mais de semblables demandes ne seraient pas moins fâcheuses si elles se réitéraient.—On répondrait, selon nous, avec raison, au nouveau poursuivant, que le jugement rendu est, sinon *constitutif*, du moins *déclaratif* de l'état des personnes : or, de même que le jugement qui prononce l'interdiction peut être opposé à tous, de même celui qui rejette la demande doit avoir des effets absolus. (Demolombe, no 466.)

Lorsqu'une instance est engagée par l'un des parents, les autres peuvent-ils intervenir? ∿ Ceux auxquels la loi accorde le droit de provoquer l'interdiction ont tout à la fois, pour intervenir, intérêt et qualité, quelle que soit la solution qu'on admette sur la question précédente. (Demolombe, no 467.)

Peut-on poursuivre soi-même son interdiction? ∿ Comment refuser, disent quelques personnes, au malheureux qui, dans un intervalle lucide, se reconnaîtrait incapable d'administrer lui-même sa personne et ses biens, la faculté de réclamer la protection de tribunaux? Il ne s'agit point ici d'un contrat, mais d'un jugement à rendre.—La loi n'a pas réglé ce cas, parce qu'elle statue *de eo quod plerumque fit.* ∿ Suivant d'autres autorités, nul ne peut demander à être mis en état d'interdiction; mais on peut fort bien réclamer la nomination d'un conseil judiciaire (Toullier, nº 1373; Chardon, Puiss. tut., no 263). ∿ Quel parti prendre? Il est de principe que les actions relatives à l'état et à la capacité des personnes ne peuvent être formées que par ceux qui y sont autorisés par un texte spécial : or, aucune disposition n'accorde l'action dont il s'agit à la personne qui se trouve dans un cas d'interdiction; lui reconnaître cette faculté, ce serait ajouter à la loi. La distinction que l'on prétend établir entre le cas de nomination d'un conseil et le cas d'interdiction n'est pas même admissible : l'une et l'autre mesure a pour cause une altération des facultés intellectuelles ; une même solution doit donc intervenir. Le projet du Code contenait un titre particulier sur le conseil volontaire : il s'agissait précisément de l'individu qui demandait un conseil judiciaire; ce projet a été rejeté : il a paru impossible qu'une personne pût reconnaître le degré d'affaiblissement de son esprit. Cette procédure aurait eu d'ailleurs quelque chose d'étrange et d'insolite : en effet, tout procès suppose deux adversaires : or, le même individu se serait trouvé, dans l'espèce, demandeur et défendeur (1).

491 — Dans le cas de fureur, si l'interdiction n'est provoquée ni par l'époux ni par les parents, elle doit l'être par le procureur de la République, qui, dans les cas d'imbécillité ou de démence, peut aussi la provoquer contre un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus.

=Dans les trois cas de fureur, d'imbécillité ou de démence, la loi donne au ministère public le droit de provoquer l'interdiction ; toutefois, elle distingue : lorsqu'il s'agit d'un furieux, comme ses excès menacent le repos et la sûreté publics, elle lui impose le devoir d'agir, si l'époux et les parents gardent le silence. — Mais, dans les deux cas d'imbécillité ou de démence, ce n'est qu'une faculté qu'elle lui laisse; encore ne doit-il en user qu'autant qu'il n'existe ni époux,

(1) Dur., nº 724; Delv., p. 136, nº 3; Chauveau sur Carré, quest. 3031 *bis;* Zach., t. 1er, p. 253; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 521; Duvergier sur Toullier, nº 1373, t. 2; Merlin, Rép., vº Interd., § 3; vº Prodigue, nº 8; Demolombe, nº 474; — Cass., 7 septembre 1808, Dev. Pal.

ni parents *connus*, c'est-à-dire, en état de provoquer l'interdiction : ce qui arrive, par exemple, en cas de minorité ou d'absence (1). — Le législateur a pensé que les parents devaient être les premiers appréciateurs de l'opportunité d'une demande dont le résultat, en définitive, n'intéresse que la famille; car la publicité pourra nuire à l'établissement des enfants (2).

Procédure en interdiction.

La procédure en interdiction est soumise à des formes spéciales; ces formes ont pour but de prévenir toutes surprises contre la personne, et d'éclairer la religion du tribunal.

La demande s'introduit, sans citation préalable en conciliation (49 P.), par une requête signée d'un avoué (3), présentée au président du tribunal de première instance du domicile de la personne que l'on veut faire interdire. Cette requête doit contenir l'énonciation des faits d'imbécillité, de démence ou de fureur, et la désignation des personnes qui peuvent les attester : les pièces justificatives doivent y être jointes (890 Pr.). Toutefois, cette dernière condition n'est pas prescrite à peine de nullité (4).

Le président ordonne la communication au ministère public (bien entendu, quand l'interdiction n'est pas poursuivie par ce magistrat), et commet un juge pour faire un rapport à jour indiqué (891 *ibid.*).

Sur le rapport du juge et sur les conclusions du ministère public, le tribunal ordonne que le conseil de famille donnera son avis (892 *ibid.*) — Si les faits ne lui paraissent pas graves et pertinents, il peut ordonner une plus ample information, et même écarter la demande : *Frustrà probatur quod probatum non relevat* (5).

Le poursuivant lève le jugement : en vertu de ce jugement, il fait convoquer, dans la forme ordinaire, un conseil de famille, à l'effet d'obtenir l'avis de ce conseil sur l'état de la personne : cet avis est d'un très-grand poids aux yeux du tribunal; car les parents se trouvent, par leurs relations habituelles avec le prétendu insensé, mieux que d'autres, à même d'apprécier son état.

Après avoir reçu l'avis de la famille, le tribunal, à la requête du poursuivant, ordonne que le défendeur sera interrogé, et indique le jour et l'heure où il devra comparaître. La requête introductive et l'avis du conseil de famille lui sont signifiés (893 Pr.) vingt-quatre heures au moins avant l'interrogatoire.

(1) Locré sur l'art. 491; Delv., p. 130, n° 4.

(2) Cass., 7 août 1826; — Bordeaux, 19 janvier 1829, Dev. Pal.; Nîmes, 27 janvier 1808, Dev. Pal.

(3) Metz, 14 décembre 1824, Dev. Pal.

(4) Rennes, 6 janvier 1814, Dev. Pal.; Agen, 18 février 1841, Pal., 1841, 1, 649.

(5) Toullier, n° 1320; Delv., p. 130, n° 7; Carré, n° 3014; — Lyon, 24 janvier 1828; Demolombe, n°s 302 et suiv.; Cass., 6 janvier 1829. *Voy.* cep. Dur., n° 734; Chardon, Puiss. tut., n° 217; Orléans, 26 février 1819, Dev. Pal.

Le tribunal peut, s'il ne se trouve pas suffisamment éclairé par le premier interrogatoire, en ordonner un second, et même procéder à une enquête. — L'enquête se fait dans la forme ordinaire, sauf qu'elle a lieu, si les circonstances l'exigent, hors la présence du défendeur (893).

Comme l'interdiction ne peut être prononcée qu'après de nombreuses formalités et des délais assez prolongés, le tribunal a la faculté de commettre (après le premier interrogatoire) un administrateur provisoire pour prendre soin, jusqu'au jugement définitif, de la personne et des biens du défendeur (497).

Les procès-verbaux d'interrogatoire et d'enquête (s'il y en a eu) doivent être signifiés au défendeur, avec assignation pour plaider et voir prononcer l'interdiction (arg. de l'art. 498) : s'il constitue avoué, on procède suivant les formes ordinaires; s'il n'en constitue pas, le tribunal prononce par défaut, après l'expiration des délais prescrits, le ministère public entendu. Le jugement est rendu en audience publique.

Alors l'une des trois hypothèses suivantes peut se présenter :

1° Il est reconnu que le défendeur jouit de ses facultés intellectuelles et qu'il n'y a lieu d'ordonner, en ce qui le concerne, aucune mesure spéciale : le tribunal rejette purement et simplement la demande, et condamne les poursuivants aux dépens. Des dommages-intérêts peuvent même être prononcés contre eux, si l'on établit qu'ils ont été guidés soit par la malveillance, soit par l'intérêt personnel (1).

2° Les poursuites sont jugées bien fondées : le tribunal prononce alors l'interdiction, et condamne le défendeur aux dépens.

3° Le tribunal estime que, sans être privé complétement d'intelligence, le défendeur a besoin d'un conseil et d'un appui pour certains actes importants : il désigne ce conseil, par le même jugement qui rejette la demande en interdiction.

Le jugement, quel qu'il soit, peut être attaqué par voie d'appel.

Si l'interdiction a été prononcée, l'appel est interjeté par le défendeur et dirigé contre le provoquant. — Dans le cas contraire, il est interjeté par le provoquant ou par un des membres du conseil de famille, et dirigé contre le défendeur (894 Pr.) (2). — Si un conseil judiciaire a été nommé, l'appel peut être interjeté soit par le provoquant, soit par l'un des membres du conseil de famille, soit par la partie placée sous la direction du conseil.

L'appel est suspensif de sa nature (457 Pr.); toutefois, les actes faits par le défendeur pendant l'instance seront frappés de nullité si le jugement est confirmé; les effets du jugement sont suspendus, en ce sens seulement que le conseil de famille ne pourra nommer un tuteur qu'après l'arrêt confirmatif du jugement (505) : ce retard est d'ailleurs

(1) Demolombe, n° 325; Toullier, n° 1525; Dur., n° 745.

(2) Pour interjeter appel, il faut avoir été partie dans l'instance : comment se fait-il que l'article 894 Pr. confère ce droit à l'un des membres du conseil? L'action en interdiction appartient à la famille; or, le membre qui interjette appel est censé agir au nom de la famille.

sans inconvénient, puisque le tribunal a la faculté de nommer un administrateur provisoire (497) (1).

L'interdiction ou la nomination d'un conseil devant produire son effet du jour du jugement (502), la loi veut que ce jugement (2) soit signifié à la partie (3) dans un bref délai, et qu'il reçoive la plus grande publicité (4).

Dix jours sont accordés pour accomplir les formalités relatives à la publicité : ce délai court de la prononciation du jugement, sinon de la signification ; car il est urgent que l'incapacité du défendeur soit portée à la connaissance de tous (5).

Les affiches devraient être apposées, lors même qu'on aurait interjeté appel, puisque les effets du jugement rétroagiront s'il est confirmé.

492 — Toute demande en interdiction sera portée devant le tribunal de première instance.

= Le tribunal compétent est celui du domicile (6) de la personne dont on provoque l'interdiction (59 Pr.). La demande est formée contre cette personne elle-même.

Lorsque l'interdiction est poursuivie contre une femme mariée, la poursuite n'est valable qu'autant que cette femme a été autorisée de son mari ou de justice ; en conséquence, il faut mettre le mari en cause pour la validité de la procédure : l'article 215 est conçu en termes généraux et absolus ; il n'est fait exception que pour le cas où la femme est poursuivie en matière criminelle, correctionnelle ou de *police* (Cass., 9 janvier 1822, Dev. Pal.) — Mais nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'appeler le mari, lorsque l'interdiction est poursuivie

(1) *Voyez* toutefois, article 502, comment il faut entendre ce principe en matière d'interdiction.

(2) Un jugement est *levé*, lorsque la partie qui l'a obtenu s'en est fait délivrer par le greffier une copie à l'effet de poursuivre l'exécution.

(3) *Signifié à partie*, c'est-à-dire au défendeur : ce dernier peut attaquer la décision du tribunal par voie d'appel; — et celle de la cour d'appel par requête civile (480 Pr.), ou en cassation.

(4) La loi du 25 ventôse an XI (article 18) voulait que le jugement ou l'arrêt fût notifié à tous les notaires de l'arrondissement ; mais, dans la pratique (article 75 du tarif), on se borne à faire une notification à la chambre : chaque notaire lève ensuite un extrait du jugement ou de l'arrêt, et affiche cet extrait dans son étude. — Pour obtenir l'insertion d'un extrait au tableau de la salle d'audience, il suffit de faire une simple réquisition au greffier du tribunal. — Trèves, 4 janvier 1812, Dev. Pal.; Toulouse, 3 janvier 1821, Dev. Pal.

(5) Montpellier, 1er juillet 1840, Pal., 1842, 2, 290.

(6) Carré, nº 305; Proudhon, t. 2, p. 316; Dur., nos 675 et 725; Toullier, nº 1319; Bioche et Goujet, Pr., vº Interd., nº 12; Zach., t. 1er, § 125; Demolombe, nº 482; — Cass., 25 juillet 1840, Pal., 1841, 1, 103; Dev., 1840, 1, 959; Dal., 40, 1, 330; Paris, 28 novembre 1835, Dev., 1835, 2, 556.—*Voy.* cep. Bordeaux, 20 germinal an III, Dev. Pal. Suivant cette cour, le tribunal de la résidence serait compétent; mais on s'accorde à rejeter ce système : tout au plus la décision de la cour de Bordeaux pourrait-elle être admise en cas d'urgence ; par exemple, si l'interdiction était poursuivie pour cause de fureur par le ministère public; car il s'agirait alors d'une mesure de police et de sûreté (Demolombe, nº 483; Duvergier sur Toullier, nº 1319; Carré, nº 3013; — Nîmes, 13 janvier 1836, et Cass., 24 décembre 1838, Pal., 1839, 1, 24; Dev., 1839, 1, 49.

pour cause de fureur par le ministère public. D'ailleurs, il s'agit alors d'une mesure d'ordre.

493 — Les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur, seront articulés par écrit. Ceux qui poursuivront l'interdiction présenteront les témoins et les pièces.

= Ainsi, de simples allégations, vagues et confuses, ne suffiraient pas : les faits doivent être *articulés*, c'est-à-dire, *précisés*, *détaillés* article par article, par numéros, de manière à rendre l'appréciation des preuves plus sûre et plus facile.

Les pièces à l'appui, telles que les procès-verbaux qui ont pu être dressés par les autorités locales sur l'état de l'individu, les lettres qu'il a écrites et qui démontrent le désordre de ses idées, etc., doivent être jointes à la requête : néanmoins, cette condition n'est point prescrite à peine de nullité (1).—Quant à l'indication des témoins, elle est essentielle (2).

Il est admis que le poursuivant peut produire, pendant le cours de l'instruction, de nouveaux faits, de nouvelles pièces et de nouveaux témoins (3).

494 — Le tribunal ordonnera que le conseil de famille, formé selon le mode déterminé à la section IV du chapitre II du titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*, donne son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée.

= Observons que le conseil de famille n'est pas appelé à s'expliquer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer l'interdiction, mais seulement à donner son avis sur l'état mental de la personne (4).

495 — Ceux qui auront provoqué l'interdiction ne pourront faire partie du conseil de famille : cependant l'époux ou l'épouse, et les enfants de la personne dont l'interdiction sera provoquée, pourront y être admis sans y avoir voix délibérative.

= Le demandeur en interdiction ne fait point partie du conseil de famille; car il ne doit pas être juge du mérite de sa propre demande (5).

(1) Chauveau sur Carré ; Dal., v° Interdiction, sect. 1re, art. 3, n° 2; Quest., n° 3013 *bis* ; — Rennes, 6 janvier 1814, Dev. Pal,

(2) Rennes, 16 août 1838, Dev. 1839, 2, 284.

(3) Poitiers, 5 août 1831, Dev., 1832, 2, 205; Agen, 3 juillet 1827, Dev. Pal.

(4) Chauveau sur Carré, quest. 3016; — Paris, 25 février 1814, Pal., 1814, 2, 124.

(5) Montpellier, 18 messidor an XIII, Dev. Pal. *Voy.* cep. Rennes, 16 décembre 1833, Pal.

Cependant, il a paru convenable d'admettre au conseil, avec voix consultative, le conjoint et ses enfants, lors même qu'ils auraient provoqué l'interdiction, parce que, se trouvant journellement près du malade, ils peuvent donner sur ses habitudes des renseignements exacts. —Mais la loi leur refuse voix délibérative (1).

— L'époux et les enfants font-ils de droit partie du conseil de famille? ∿ La difficulté vient de ces termes de l'article 495 : *Ils peuvent y être admis.* Si les enfants étaient membres nécessaires, disent quelques personnes, le conseil de famille pourrait être uniquement composé des enfants : il y aurait là unité dangereuse; d'ailleurs, l'article 407 ne les appelle pas. ∿ Il nous semble évident que la deuxième partie de l'article 495 se lie essentiellement à la première : cet article est ainsi conçu : « Ceux qui ont provoqué l'interdiction ne peuvent faire partie du conseil de famille : cependant..... » Donc, il s'agit uniquement ici d'une modification à la rigueur de la règle; donc les enfants sont membres nécessaires, lorsque ce ne sont pas eux qui ont formé la demande; — d'ailleurs, les enfants et le conjoint ont évidemment plus d'affection pour celui qu'il s'agit d'interdire, que n'en peuvent avoir des parents collatéraux.—Si l'article 407 garde le silence sur les enfants, c'est qu'il ne s'agit, dans cet article, que de nommer un tuteur au mineur; or, un mineur en tutelle n'a pas d'enfants : on ne peut donc tirer de conséquence du silence de la loi.—Nous trouvons d'ailleurs un argument dans l'article 495, *in fine :* cet article paraît accorder plus de faveur à l'époux et aux enfants qu'à toutes autres personnes (Demolombe, n° 499).

En admettant que l'époux et les enfants qui n'ont pas provoqué l'interdiction soient admis au conseil, ont-ils voix délibérative? ∿ Il serait peu convenable et peu moral, disent quelques auteurs, de mettre un époux et des enfants dans la nécessité de prononcer sur l'état du malade (2). ∿ Quoi qu'il en soit, l'article 495 suppose évidemment que les enfants sont demandeurs ; hors ce cas, il n'existe aucune raison pour leur refuser voix délibérative.—Il ne s'agit point ici d'une mesure vexatoire, mais d'une mesure de protection.—Si l'on se jette dans des questions de moralité, nous dirons qu'il serait inconséquent, alors, d'accorder aux enfants le droit de provoquer l'interdiction; car une demande directe est bien plus grave qu'un vote exprimé dans le conseil. —Il existe donc un argument *à fortiori ;* — rarement il arrivera, d'ailleurs, que les enfants composent à eux seuls le conseil de famille.—Au surplus, une considération doit trancher toute difficulté : la défense de voter était écrite dans le projet, pour les enfants et pour le conjoint ; le conseil d'État l'a rejetée : reproduite une seconde fois par le tribunat, cette disposition a été rejetée de nouveau (Fenet, t. 3, p. 91, art. 10) (3).

Après l'interdiction prononcée, celui qui a provoqué cette mesure peut-il faire partie du conseil de famille? ∿ Il n'existe plus aucune raison pour l'exclure; l'article 495 s'occupe uniquement de l'organisation du conseil, qui devra donner son avis sur l'état de l'individu. Rien ne s'oppose même à ce qu'il soit nommé tuteur ou subrogé tuteur (Demolombe, n°s 373 et suiv.).

496 — Après avoir reçu l'avis du conseil de famille, le tribunal

(1) Dur., n° 729; Rolland, v° Interd., n° 19; — Rouen, 30 novembre 1836, Pal.

(2) Toullier, n° 1322; Magnin, n° 143; Favard, Interd.; D., Interd., sect. 1re, art. 3; — Colmar, 4 juillet 1836, Delv. 1836, 2, 179.

(3) Locré, p. 400, t. 6; Dur., n° 729; Delv., p. 130, n° 9; Valette sur Proudhon, p. 523; Demolombe, n° 501; Duvergier sur Toullier, n° 1322; — Cass., 13 mars 1833, Dev., 1833, 1, 257, Pal.; Rouen, 30 novembre 1836, D., 1837, 1, 129; Dev., 1837, 2, 88; Pal., 1837, 2, 436; Caen 29 juillet 1842, Pal., 1843, 1, 46.

interrogera le défendeur à la chambre du conseil : s'il ne peut s'y présenter, il sera interrogé, dans sa demeure, par l'un des juges à ce commis, assisté du greffier. Dans tous les cas, le procureur de la République sera présent à l'interrogatoire.

= Afin de ne pas affecter trop vivement, par la présence du public, la timidité présumable de celui qu'on veut faire interdire, le tribunal procède à l'interrogatoire non dans la salle d'audience, mais dans la chambre du conseil.

Une maladie ou toute autre cause pouvant empêcher le défendeur de quitter sa demeure, la loi autorise le tribunal à commettre un juge.—Le juge commis se transporte alors, assisté du greffier, au domicile du défendeur, et procède à l'interrogatoire en présence du ministère public.

Le ministère public doit être présent, parce qu'il s'agit de priver un individu de l'exercice de ses droits civils, ce qui intéresse la société. — Rien ne s'oppose à ce que le poursuivant assiste à l'interrogatoire, puisque la loi ne l'interdit pas (Demolombe, n° 508).

— Si le conseil de famille a été d'avis de l'interdiction, le tribunal peut-il, après avoir reçu cet avis, rejeter la demande ou prononcer l'interdiction, sans procéder à l'interrogatoire? ∽ Dans tous les cas, un interrogatoire est nécessaire; il faut que l'examen de la personne soit fait par les magistrats (Dur., n° 734; Magnin, n° 845; Delv., p. 135, n° 10; Demolombe, n° 511; Chardon, n° 217; — Orléans, 26 février 1819, S., 19, 2, 167; D., Interd., p. 540; Dev. Pal.)

497 — Après le premier interrogatoire, le tribunal commettra, s'il y a lieu, un administrateur provisoire pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur.

= Le tribunal peut, s'il ne se trouve pas suffisamment éclairé par le premier interrogatoire, en ordonner un second, et même procéder à une enquête. Mais, nous le répétons, ce sont là pour les juges des mesures purement facultatives (1).—L'enquête se fait dans la forme ordinaire (261, 270 et 273 Pr.) (2), sauf qu'elle peut avoir lieu, si les circonstances l'exigent, hors la présence du défendeur, qui, dans ce cas, a le droit de se faire représenter (893 Pr.).

Comme l'interdiction ne peut être prononcée qu'après de nombreuses formalités et des délais assez prolongés, la loi laisse au tribunal la faculté de commettre, en cas d'urgence, un administrateur provisoire pour prendre soin, jusqu'au jugement définitif, de la personne et des biens du défendeur. Mais ne perdons pas de vue que cette mesure ne peut être prise qu'après le premier interrogatoire.—Du reste, on peut y recourir, à quelque degré que soit parvenue la procédure, même en appel (3).

(1) Demolombe, n° 521; — Aix, 19 mars 1835, Pal.
(2) Cass., 5 juillet 1837, Pal., 1838, 2, 215.
(3) Paris, 29 thermidor an XII, Dev. Pal.

Cet administrateur n'est point tuteur, mais seulement comptable judiciaire : à ce titre, il est soumis à la contrainte par corps, sans pouvoir opposer le bénéfice de cession (126-905 Pr.) : mais ses biens ne sont pas, comme ceux du tuteur (1), frappés d'hypothèque légale : d'ailleurs, sa mission n'a pas la même étendue que celle du tuteur ; car elle est bornée aux actes de pure administration qui ne peuvent être différés (2). — Si des actes plus importants lui paraissent commandés par l'urgence, il doit se retirer devant le juge pour obtenir les autorisations nécessaires (3).

Il est bien entendu que les pouvoirs du curateur ne s'étendent ni sur la femme ni sur les enfants.

Trois circonstances mettent fin aux fonctions de l'administrateur provisoire, et l'obligent, par suite, à rendre compte : 1° le rejet de la demande en interdiction ; 2° le décès du défendeur ; 3° l'interdiction prononcée.

L'administrateur provisoire doit compte de la gestion à qui de droit, de même que le tuteur.

498 — Le jugement sur une demande en interdiction ne pourra être rendu qu'à l'audience publique, les parties entendues ou appelées.

= Jusqu'au jugement définitif, tout se passe dans la chambre du conseil ; car les faits allégués pouvant être sans fondement, on doit éviter de les publier : mais, lorsque le tribunal se croit suffisamment éclairé, le jugement soit d'admission, soit de rejet de la demande, doit être prononcé à l'audience : dans le premier cas, il importe de faire connaître au public l'incapacité dont est frappé l'interdit ; dans le deuxième, il convient de dissiper tous les soupçons que l'on a pu concevoir sur son état. — La demande à fin d'interdiction, portée devant la cour, doit être jugée en audience solennelle, comme toutes les questions d'état en général, lors même qu'elle a pour but de justifier une opposition à mariage (174) (4).

499 — En rejetant la demande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner, ni grever ses biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement.

(1) Cass., 27 avril 1824, S., 25, 1, 268; Paris, 12 décembre 1853, D., 1854, 2, 2; Montpellier, 14 janvier 1825.

(2) Magnin, p. 685; Delv., p. 150, n° 11; art. 31-36 de la loi du 30 juin 1838. — Bruxelles, 30 août 1806, S., 18, 2, 21.

(3) Bruxelles, 30 août 1806.

(4) Bordeaux, 14 mars 1836, Dev., 1836, 1, 170; Pal., 1836, 1, 149; 29 août 1836, Dev., 1836, 1, 800; Pal., 36, 1, 448; 20 avril 1842, Pal., 1845, 1, 63; Cass., 25 juillet 1845, Pal., 1845, 2, 522; Rennes, 30 juillet 1853; Pal., 12 juin 1839, Dev., 39, 1, 600; Dal., 39, 1, 243; Pal., 39, 2, 380.

= Le tribunal n'est pas dans l'alternative de prononcer l'interdiction ou de rejeter la demande : il est possible que l'état d'imbécillité ou de démence ne paraisse pas assez grave pour nécessiter l'interdiction ; mais qu'il soit bien prouvé cependant qu'à raison de la faiblesse de son esprit, le défendeur ne peut diriger ses affaires : dans ce cas, la loi permet au juge de lui nommer un conseil judiciaire pour certains actes. (*Voy.* 513.)

Il est inutile de prendre des conclusions subsidiaires à cet égard : elles résultent de la demande.

La nomination d'un conseil, basée sur la folie, peut-elle, comme celle que l'on fonde sur la prodigalité, faire l'objet principal d'une demande? Nous ne voyons pas ce qui s'y opposerait : bien que l'art. 499 ne s'occupe que de la nomination incidente, il serait, suivant nous, subversif des principes d'obliger le poursuivant à demander le plus pour avoir le moins (1). On doit avoir le droit de demander directement ce que l'on peut obtenir indirectement. — La rédaction du texte, assurément, laisse à désirer; mais tout s'explique par une raison historique :

La section de législation s'était proposé, en déclarant que le tribunal pourrait nommer subsidiairement un conseil à l'individu dont on poursuivrait l'interdiction, de rétablir indirectement les mesures protectrices que notre ancienne législation admettait en faveur des prodigues, mesures abolies depuis 1793. — Lors de la discussion, il fut reconnu qu'on ne pouvait comprendre dans le chapitre relatif à l'interdiction les règles sur le conseil judiciaire pour cause de prodigalité : ces matières, en effet, sont essentiellement distinctes, puisque l'interdiction ne peut être prononcée que pour cause d'aliénation mentale : la nomination d'un conseil aux prodigues devait donc faire l'objet d'un chapitre spécial. — Quoi qu'il en soit, on a laissé subsister la rédaction de l'art. 499 ; mais alors on conçoit que cet article ne peut plus concerner que les faibles d'esprit : or, puisque ces personnes peuvent, comme les prodigues, recevoir un conseil, il est conséquent d'admettre que ce conseil peut être nommé de la même manière, c'est-à-dire, directement (2).

La demande en nomination d'un conseil judiciaire étant implicitement comprise dans celle qui a pour objet l'interdiction, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit formulée pour la première fois en appel (Paris, 26 thermidor an XII, Dev. Pal.).

Il semble même résulter de ces mots : *si les circonstances l'exigent*, qu'un conseil judiciaire pourrait être nommé à toute personne qui se trouverait, par suite d'une infirmité, incapable de gérer ses biens ; par exemple, à un individu qui, sans avoir complétement perdu la

(1) Merlin, Rép., Testament, sect. 1re, § 1, nº 3; — Agen, 4 mai 1836, D., 36, 1, 144. *Voy.* cep. Delv. sur l'art. 499.

(2) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 567; Zach., p. 274; Merlin, Rép., vº Testament, sect. 1re, § 1er, art. 1er, nº 3; Demolombe, nº 532; — Agen, 4 mai 1836, Dev., 1836, 2, 560, Pal.

raison, aurait éprouvé, par suite de son grand âge, un affaiblissement considérable d'intelligence (1).

— Dans le cas prévu par notre article, c'est-à-dire, lorsque le tribunal s'est borné à nommer un conseil, les provoquants doivent-ils être condamnés aux dépens? ⇒ Non : on ne peut dire ici que les provoquants aient succombé. Le résultat prouve qu'ils ont accompli un devoir. (Delv., p. 136, no 3.)

500 — En cas d'appel du jugement rendu en première instance, la cour d'appel pourra, si elle le juge nécessaire, interroger de nouveau, ou faire interroger par un commissaire, la personne dont l'interdiction est demandée.

= Comme on ne saurait prendre trop de précautions pour prononcer un jugement en dernier ressort sur une question d'état, la cour d'appel peut procéder à un nouvel interrogatoire : mais cette voie d'instruction est purement *facultative* devant cette cour, tandis qu'elle est *obligatoire* devant le tribunal de première instance.

Les formes de l'interrogatoire sont les mêmes que devant les premiers juges; sauf cette différence, que si la cour d'appel ne peut entendre le défendeur, elle n'est pas obligée de commettre un magistrat pris dans son sein ; car le domicile du défendeur peut être fort éloigné : la loi l'autorise à commettre un juge quelconque (2).

La même considération a empêché le législateur de prescrire la présence du procureur général à l'interrogatoire.

Il n'est pas douteux que la cour pourrait ordonner une nouvelle enquête.

501 — Tout arrêt ou jugement (3) portant interdiction, ou nomination d'un conseil, sera, à la diligence des demandeurs, levé, signifié à partie, et inscrit, dans les dix jours, sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement.

= La loi veut que le jugement reçoive la plus grande publicité, lors même que l'appel a été interjeté ; car l'arrêt, s'il est confirmatif, déclarera par cela même, implicitement, que l'individu n'était pas sain d'esprit lors du jugement de première instance : les tiers ne pourront se plaindre, car ils auront été suffisamment avertis.

Mais de ce que les formalités prescrites pour rendre le jugement

(1) Demolombe, no 528; Delv., p. 131, no 3; — Lyon, 2 prairial an XII; Rouen, 8 floréal an XII, 14 janvier 1812; Angers, 23 avril 1806; Riom, 4 mai 1825, Dev. Pal.; Cass., 5 juillet 1837, Pal., 1838, 2, 215; Rouen, 18 mai 1842, Pal., 1842, 2, 60.

(2) Cass., 10 avril 1849, D., 1849, 1, 121, Proudhon-Valette, p. 526.

(3) Le tribunal rend des *jugements*; la cour d'appel rend des *arrêts*.

public auraient été négligées, ne concluons pas que les actes souscrits par l'interdit seraient valables : la loi déclare formellement, art. 502, que l'interdiction ou la nomination d'un conseil produit son effet du jour du jugement, et que tous les actes passés postérieurement par l'interdit ou sans l'assistance du conseil sont *nuls de droit :* nous ne voyons nulle part que l'omission des formalités dont il s'agit détruise l'effet du jugement; il importe, dans une matière aussi grave, que l'incapacité soit de suite efficace.—La publicité résulte suffisamment des formes compliquées de la procédure en interdiction et de la prononciation du jugement à l'audience ; l'apposition des affiches n'est qu'une mesure prescrite dans l'intérêt des tiers, pour porter plus directement à leur connaissance le jugement d'interdiction.

Les parties lésées pourraient seulement exercer un recours contre le poursuivant qui n'aurait pas, dans les dix jours, notifié le jugement ou l'arrêt, et requis du greffier l'apposition des affiches ; ou contre les notaires et autres qui auraient, par leur négligence, causé cette lésion. (Loi du 25 ventôse an XI, art. 18 (1); arg. des articles 1382 et 1383.)

Effets de l'interdiction. — De l'administration de la personne et des biens de l'interdit.

509 —L'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits.

= Comme le mineur, l'interdit est privé de l'exercice des droits civils. — L'un et l'autre sont représentés par un tuteur (450 et 505) dont les biens sont grevés d'une hypothèque légale (2121 et 2135). — Les successions qui leur échoient ne peuvent être acceptées que sous bénéfice d'inventaire, avec autorisation préalable du conseil de famille. — On observe les mêmes formalités pour les partages dans lesquels ils sont intéressés (838). — Le ministère public doit être entendu dans toutes les causes qui les concernent, etc. (83 Pr.).

L'organisation du conseil de famille et de la tutelle donne lieu à l'application des causes d'incapacité, d'excuse ou de destitution établies pour le cas de minorité.

Toutefois, quelque nombreux que soient les rapports qui existent

(1) Merlin, Quest., Tableau des interdits, § 1er; Demolombe, n° 550; Valette sur Proudhon, p. 527; Delv., p. 138, n° 4; Dur., n° 771; D., Interdiction, sect. 2, art. 4; Merlin, Quest., v° Tableau des interdits; Chardon, n° 246; Val. sur Proudhon, t. 4, p. 527; Duvergier sur Toullier, n° 1331; Favard, v° Interd., § 3, n°s 3, art. 4; Tarif des frais et dépens du 16 février 1807, l. 2, ch. 2, § 8; — Turin, 4 janvier 1812; Cass., 20 juin 1819; Nancy, 17 février 1829, Dev. Pal.; Montpellier, 1er juillet 1840, Dev., 1840, 2, 314; Pal., 1842, 2, 299; Riom, 14 février 1842, Dev., 1842, 2, 153. — *Voy.* cep. Toullier, n° 1384 ; Carré, quest. 3041; Turin, 20 janvier 1810; Cass., 16 juin 1810, Dev. Pal.; Bruxelles, 12 juillet 1819.

entre la position de l'interdit et celle du mineur non émancipé, on peut signaler de notables différences :

La tutelle des interdits n'est jamais testamentaire (1);

Elle n'est déférée par la loi que dans le cas exceptionnel prévu par l'article 506 : — ainsi, les ascendants ne sont pas tuteurs légitimes de leur descendant interdit; la loi n'excepte pas même les père et mère. Ce n'est pas tout : comme l'incapacité de l'interdit repose sur le défaut de jugement ou de raison, tandis que celle du mineur est basée sur l'inexpérience, on conçoit, que l'incapacité légale de l'un doit être plus absolue que celle de l'autre :

La loi déclare nuls de droit (502) tous les actes que l'interdit a passés depuis le jugement; il suffit, pour en détruire l'effet, de représenter ce jugement (502) : le mineur doit prouver qu'il a été lésé (art. 1305). — L'interdit ne peut contracter mariage ni faire de testament (174, 901) : le mineur, parvenu à un certain âge, peut se marier et valablement tester (904). — L'interdit ne peut être tuteur ni membre d'un conseil de famille (442) : le mineur est de droit tuteur de ses enfants (390). — Le mineur peut, à l'âge de dix-huit ans, entreprendre un commerce, en remplissant certaines formalités : l'interdit n'a pas cette aptitude. — Les revenus du mineur sont capitalisés, afin de lui procurer une somme lorsqu'il parviendra à sa majorité : ceux de l'interdit sont exclusivement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison (510). — Enfin, le mineur est tenu, à raison de ses délits et de ses quasi-délits (1310); ce qu'on ne peut dire de l'interdit.

Les termes de l'article 509, comme on le voit, sont trop absolus : l'assimilation ne s'applique réellement qu'au mécanisme de la tutelle et aux actes qui rentrent dans les attributions du tuteur.

Il nous reste encore à faire quelques observations spéciales au cas où l'interdit est marié; trois hypothèses peuvent se présenter :

1° Le mari est tuteur de sa femme interdite;

2° La femme est tutrice de son mari;

3° Un tiers est tuteur de l'un des époux.

Au premier cas, l'autorité tutélaire se confond dans la puissance maritale : le mari conserve sur la personne et sur les biens de sa femme tous les droits antérieurs au jugement d'interdiction, sauf au subrogé tuteur à convoquer le conseil de famille pour prescrire, dans l'intérêt de la femme, telles mesures que nécessiteraient les circonstances : par exemple, s'il n'a pas pour elle tous les égards convenables, le conseil de famille peut ordonner qu'elle sera placée dans une maison de santé, et même autoriser le subrogé tuteur à intenter une action en séparation de corps.

En ce qui concerne les biens, rien n'est changé dans la position du mari : puisque le mariage n'est pas dissous, il continue de les adminis-

(1) Toullier, n° 1336; Dur., n° 751; Chardon, n° 230; Favard, Interd., § 2, n° 9; Merlin, Rép., v° Tutelle, sect. 2, § 1er, n° 8; Demolombe, n° 563; — Cass., 11 mars 1812; Paris, 1er mai 1813, Dev. Pal.

trer comme chef de l'union conjugale ; sauf au subrogé tuteur, spécialement autorisé par le conseil de famille, à provoquer la séparation de biens dans les cas où la femme elle-même pourrait introduire cette action (1441). (Dur., nº 750.)

Observons que le mari n'administre comme tuteur que les biens dont la femme s'était réservé l'administration : pour ceux-là seulement, il est soumis à l'obligation de faire inventaire et aux autres règles de la tutelle. (Demolombe, nos 596 et suiv.).

Nous renvoyons à l'article 507 nos observations sur les deuxième et troisième cas.

505 — S'il n'y a pas d'appel du jugement d'interdiction rendu en première instance, ou s'il est confirmé sur l'appel, il sera pourvu à la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur à l'interdit, suivant les règles prescrites au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation.* L'administrateur provisoire cessera ses fonctions, et rendra compte au tuteur, s'il ne l'est pas lui-même (1).

= L'interdit doit être pourvu d'un représentant légal chargé d'administrer sa personne et ses biens, puisqu'il se trouve frappé d'incapacité absolue.

Ce représentant reçoit le nom de tuteur : dans cette tutelle, comme dans celle du mineur, il doit y avoir un subrogé tuteur.

Le tuteur donné à l'interdit est toujours datif ; ces mots : *il sera pourvu à la nomination*, ne laissent à cet égard aucun doute.—La règle ne souffre exception qu'à l'égard de la femme interdite ; le mari est alors de droit tuteur (506) (2) : d'une part, on n'a pas cru devoir étendre la tutelle légitime des père et mère ou ascendants au cas d'interdiction, sans doute parce que l'interdit a ordinairement cessé d'être soumis à l'autorité paternelle (3) : d'autre part, on a considéré qu'il n'y avait pas lieu à la tutelle testamentaire ; car l'interdit ne saurait exciter au même degré que le mineur la sollicitude du survivant des père et mère (4).

Le tuteur et le subrogé tuteur sont nommés dans les formes indiquées aux sections 4, 5, 6 et 7 du titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation.

La responsabilité de l'administrateur provisoire cesse aussitôt que le tuteur entre en fonctions : ce dernier doit alors se faire rendre compte en présence du subrogé tuteur.

Le tuteur à l'interdiction est soumis aux mêmes charges et conditions que celui qui est donné au mineur.—Les règles sur les motifs d'excuse,

(1) Cette disposition est littéralement reproduite dans l'art. 895 Pr.
(2) Liége, 17 mars 1851; Paris, 1er mars 1813; Metz, 16 février 1812. Dev. Pal.
(3) Cass., 11 mars 1812, S., 12, 1, 217; — Poitiers, 23 février 1825, S., 26, 2, 325.
(4) Locré, Exp. du Code civil.

sur les causes d'incapacité et d'exclusion, lui sont applicables.

—Doit-on conclure de ces mots : *s'il n'y a pas d'appel*, etc., que le tuteur et le subrogé tuteur ne peuvent être nommés avant que le jugement ait acquis l'autorité de la chose jugée. L'article ne dit pas qu'il faut attendre l'expiration du délai d'appel ; il porte : *s'il n'y a pas d'appel* : or, nous supposons qu'il n'y a point d'appel au moment où le juge de paix convoque le conseil de famille.—En règle générale, le délai d'appel n'est pas suspensif ; l'acte d'appel seul produit cet effet (457 Pr.). Il n'y avait pas de motifs pour déroger, en matière d'interdiction, à cette règle générale. — Mais la nomination du tuteur et celle du subrogé tuteur seraient sans effets immédiats, si elles avaient eu lieu dans les cas suivants : 1° avant l'expiration du délai de huitaine à dater du jour du jugement, puisque ce délai est accordé pour attaquer ce jugement (449-450) ; — 2° avant la signification du jugement qui prononce l'interdiction, car le délai pour appeler ne court que du jour de cette signification (1) ; — 3° enfin, ainsi que nous venons de le dire, après l'appel interjeté (457). — Dans ces trois cas, si le tuteur avait été nommé, l'appel suspendrait l'entrée en gestion.—Si le tuteur et le subrogé tuteur étaient en fonctions, ils seraient remplacés pendant l'instance par un administrateur provisoire (2).—Ces propositions, nous le répétons, ne sont que des conséquences du droit commun.

506 — Le mari est, de droit, le tuteur de sa femme interdite.

= Le mari est le protecteur de sa femme ; d'ailleurs, l'interdiction ne faisant point cesser la puissance maritale (3), c'eût été méconnaître cette autorité que de conférer son principal attribut à un étranger.

Mais la tutelle du mari est la seule qui soit déférée par la loi en matière d'interdiction (4).

Le mari qui exerce la tutelle légale joint à la puissance maritale la puissance tutélaire ; il acquiert alors des droits qu'il n'avait pas : en effet, il peut placer sa femme soit dans une maison spéciale, soit dans un hospice, et il prend l'administration des biens dont elle s'était réservé par contrat de mariage l'administration et la jouissance.

De même qu'un tuteur étranger, le mari peut être exclu ou destitué de la tutelle ; ses biens sont frappés d'hypothèque légale : en un mot, les règles que nous avons exposées sur la tutelle des mineurs lui sont applicables.

Lorsque, par suite de la destitution du mari, un tiers est nommé tuteur, ce tiers prend l'administration des biens propres de la femme ; mais le mari conserve l'administration de la communauté, et par consé-

(1) Toullier, n° 1335 ; Chardon, Puiss. tut. n° 224 ; Dur., n° 749 ; Proudhon, p. 545 ; Magnin, p. 332, n° 681 ; Merlin, Rép., v° Interdiction, § 1er, n° 3 ; — Cass., 13 octobre 1807, Dev. Pal.

(2) Dur., n° 749 ; — Cass., 24 décembre 1839, Dev., 1839, 1, 49 ; Pal., 1839, 1, 24 ; Bordeaux, 14 avril 1806, Dev. Pal.

(3) Cass., 4 juillet 1838 et 2 mai 1839 ; Montpellier, 14 décembre 1842, Pal., 1842, 2, 335.

(4) Locré sur l'art. 505 ; — Cass., 11 mars 1812, S., 12, 1217 ; D., Interd., sect. 1re, art. 4 ; — Poitiers, 25 février 1825, S., 25, 325.

quent celle des biens personnels de la femme dont la communauté a l'usufruit légal (1401).

Le tiers nommé tuteur doit veiller sur la personne de la femme, et provoquer à cet égard toutes les mesures que les circonstances peuvent exiger.

507 — La femme pourra être nommée tutrice de son mari. En ce cas, le conseil de famille réglera la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours devant les tribunaux de la part de la femme qui se croirait lésée par l'arrêté de la famille.

= L'interdiction du mari ne fait point cesser les droits qui résultent pour lui de la puissance maritale ; par conséquent, la femme ne devient ni plus ni moins capable.— Toutefois, à raison des rapports intimes qui existent entre elle et son mari, notre article décide qu'elle peut être nommée tutrice de son mari interdit. — Observons que cette charge ne lui est point déférée de plein droit ; son aptitude est livrée à l'appréciation du conseil de famille : la loi se borne à lever, pour ce cas spécial, l'incapacité que produit le sexe (1).

Mais alors quels sont les droits de la femme? Comme femme mariée, sa position ne change pas ; comme tutrice, elle devient capable de certains actes :

Ainsi, quant à ses biens personnels, dont elle s'était réservé, par contrat de mariage, l'administration et la jouissance, l'autorisation de justice remplacerait nécessairement celle du mari, si elle voulait faire un acte qui excédât les bornes d'une simple administration : par exemple, s'il s'agissait d'emprunter, d'aliéner ou d'hypothéquer, d'accepter une succession, etc. (223).

Quant aux biens du mari, à ceux de la communauté, et même quant à ses biens personnels, dont la communauté a la jouissance, ses pouvoirs sont ceux d'un tuteur ordinaire ; mais le conseil de famille a la faculté de les restreindre, ainsi que nous le verrons tout à l'heure.

La femme ne pourrait donc, en cette qualité, aliéner, hypothéquer ou emprunter, qu'en observant les formes prescrites par les articles 457-459. — L'autorisation requise ne serait pas celle de la justice, comme l'a prétendu à tort Toullier, n° 1344 ; mais celle du conseil de famille, et cette autorisation devrait être homologuée par le tribunal (2).

Comme elle n'a le plus souvent aucune expérience des affaires, la prudence veut que l'on prenne des précautions contre les abus qu'elle pourrait faire des pouvoirs attachés à sa qualité de tutrice :

De là cette disposition qui impose au conseil de famille le devoir de

(1) Dur., n° 752; Magnin, n° 866; Chardon, Puiss. marit., n° 37; — Cass., 27 novembre 1816; Orléans, 9 août 1817, Dev. Pal. — Nous avons vu, art. 454, une disposition semblable.

(2) Demolombe, nos 605 et 610, t. 8; n° 227, t. 4, Dur., n° 754; Delv., p. 132, n° 2; — Poitiers, 17 juin 1846, Pal., 1846, 2, 616.

régler la forme et les conditions de l'administration ; par conséquent, il doit : 1° déterminer avec précision les mesures à prendre relativement à la personne de l'interdit : par exemple, ordonner qu'il sera placé dans une maison de santé; fixer les conditions et l'étendue des pouvoirs de la femme tutrice, etc.;—2° assigner à la femme une somme suffisante pour soutenir la position que lui donnent le rang et la fortune de son mari (454).

Si la femme se croit lésée sous l'un ou l'autre rapport par la décision du conseil, elle peut exercer un recours devant les tribunaux. (Demolombe, nos 598 et suiv.)

La femme tutrice est soumise, en cette qualité, à toutes les charges et à toutes les obligations imposées au tuteur : elle doit, notamment, faire inventorier même les biens de la communauté : sa position, sous ce rapport, diffère essentiellement, ainsi que nous l'avons déjà vu, de celle du mari, lequel est seulement tenu de faire inventaire des biens dont la femme s'était réservé l'administration et la jouissance ; car il ne devient tuteur que relativement à ces derniers biens.

Si la femme refuse la tutelle, ou si elle n'est pas nommée tutrice, le tiers désigné par le conseil de famille pour remplir cette charge administre les biens du mari, ceux de la communauté, et par conséquent les biens propres de la femme dont la communauté avait la jouissance (1).

Il est bien entendu que le tuteur du mari en état d'interdiction n'a aucune autorité sur la personne de la femme; qu'il n'exerce pas la puissance maritale.

Relativement aux enfants, la femme prend l'exercice de la puissance paternelle : c'est elle, par conséquent, qui administre leurs biens personnels (384), et qui dirige l'intérieur du ménage (2).— Ses droits, sous ce dernier rapport, sont complétement indépendants de la tutelle.

— Le conseil de famille peut-il accorder à la femme des droits plus étendus que ceux du tuteur ordinaire? Spécialement, peut-il lui conférer le pouvoir d'aliéner et d'hypothéquer? ∿ Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : puisque le conseil de famille peut restreindre les pouvoirs de la femme, il doit avoir la faculté de les étendre : aussi voit-on que la loi ne se borne pas à relever la femme de son incapacité ; elle lui accorde le droit de régler la forme et les conditions de l'administration : toutefois, on ne peut lui conférer plus de droits que n'en a la femme séparée de biens.∿ Nous n'admettrons pas ce système, car il conduirait à cette conséquence bizarre, que la femme tutrice pourrait avoir des droits plus étendus que le mari lui-même, si c'était elle qui fût interdite. — La fin de l'article 507 démontre d'ailleurs que le règlement ne peut être que restrictif : la femme tutrice a les mêmes pouvoirs qu'un tuteur ordinaire ; mais le conseil de famille peut les restreinre : tel est le sens de notre article. (Demolombe, n° 607.)

(1) Bellot des Minières, Contrat de mariage, p. 311, nos 1344 et 1348; Demolombe, n° 609, t. 2; n° 508, t. 12 ; — Orléans, 8 août 1817, Dev. Pal.

(2) Dur., n° 754; Toullier, n° 509, t. 12; t. 2, n° 1348; Demolombe, n° 618, t. 8; n° 487, t. 6; Magnin, n° 459; — Orléans, 9 août 1817; D., Interd., sect. 1re, art. 4; Dev. Pal.

510 — Les revenus d'un interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. Selon les caractères de sa maladie et l'état de sa fortune, le conseil de famille pourra arrêter qu'il sera traité dans son domicile, ou qu'il sera placé dans une maison de santé, et même dans un hospice.

= Il importe moins à l'interdit d'augmenter une fortune dont il ne peut jouir, que de recouvrer la raison. Le tuteur pourrait même, en vertu d'une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal, prendre sur les capitaux.

Si la personne interdite est une femme mariée, le conseil de famille n'a pas le droit de déterminer le lieu où elle sera soignée : le mari seul est arbitre du parti qu'il convient de prendre à cet égard; car l'autorité maritale n'est pas détruite : nous excepterons le cas où il en abuserait.

511 — Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot, ou l'avancement d'hoirie, et les autres conventions matrimoniales, seront réglées par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur de la République.

= Après avoir réglé tout ce qui concerne l'interdit, la loi s'occupe du sort des enfants : elle laisse au conseil de famille le soin de déterminer les sacrifices que l'interdit fera pour leur établissement.

Mais, dans la crainte que le conseil n'abuse des pouvoirs qui lui sont conférés à cet égard, la loi exige que la délibération soit homologuée par le tribunal.

Ainsi, l'homologation n'est pas ici une simple formalité : le tribunal doit s'assurer que la position de l'interdit ne sera pas compromise; qu'on ne lui a pas imposé des charges au-dessus de ses forces.

En cas de minorité de l'enfant, deux conseils de famille devront être consultés : celui du mineur, pour obtenir le consentement au mariage (160); celui de l'interdit, pour fixer le montant de la dot ou de l'avancement d'hoirie (1).

Si la dot est constituée par la mère, l'avis du conseil de famille du père interdit n'est pas nécessaire : c'est, en ce cas, le tribunal qui doit donner l'autorisation nécessaire, puisqu'il s'agit de relever la femme de son incapacité relativement à ses propres.

Néanmoins, cette constitution de dot ne priverait pas le mari interdit de la jouissance des biens donnés : il faudrait pour cela que les conventions matrimoniales eussent été réglées avec le concours du conseil de famille de celui-ci, ainsi qu'il est dit ci-dessus.

(1) *Hoirie* vient de *hoir, hæres, héritier*. Ce mot signifie héritage, succession : l'avancement d'hoirie est une avance sur la succession.

Si c'est la mère qui est interdite, le père conserve évidemment le droit de disposer librement des biens à lui propres et de ceux de la communauté (1421, 1439).

Observons que la dot ne peut être constituée par préciput, lorsqu'elle est prise sur les biens de l'interdit; mais seulement à titre d'*avancement d'hoirie*, c'est-à-dire, par anticipation sur la part héréditaire de l'enfant, et, par conséquent, à charge du rapport (843). — La clause du préciput, en effet, ne peut être que l'expression d'une volonté libre, puisqu'elle constitue une libéralité (843) (1).

Quant aux conventions matrimoniales, elles sont réglées par l'enfant lui-même, s'il est majeur; — s'il est mineur, il doit être assisté de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage : c'est-à-dire de son père ou de sa mère (non interdit); de ses ascendants, s'il n'a plus ni père ni mère; et, à défaut d'ascendants, de son conseil de famille (1398); car ce conseil lui tient lieu d'ascendants.

La loi ne parle pas du conseil de famille de l'interdit : cependant, il intervient indirectement au contrat de mariage pour régler les conditions de la dot : par exemple, il peut doter sous la condition que les époux adopteront soit le régime dotal, soit le régime exclusif de la communauté (1387).

Nous pensons que le conseil de famille pourrait également, sauf approbation de justice, venir en aide à l'enfant qui voudrait former un établissement quelconque : c'est ainsi que l'immeuble dotal peut être aliéné non-seulement pour le mariage, mais encore pour l'établissement des enfants (851, 1422, 1555, 1556) (2).

— La loi parle seulement de la dot *des enfants* : les biens de l'interdit pourraient-ils être aliénés pour l'établissement des *petits-enfants ?* ⁂ Le mot *enfant* est ici générique : il comprend toute la descendance; d'ailleurs, les mêmes raisons de décider se présentent (3).

Quid à l'égard des enfants naturels reconnus? ⁂ Il y a encore là, de la part des père et mère, un devoir à l'accomplissement duquel la société est intéressée.

508 — Nul, à l'exception des époux, des ascendants et descendants, ne sera tenu de conserver la tutelle d'un interdit au delà de dix ans. A l'expiration de ce délai, le tuteur pourra demander et devra obtenir son remplacement.

= Il existe entre la tutelle du mineur et celle de l'interdit une différence notable relativement à la durée de la gestion du tuteur : au pre-

(1) Dur., n° 763; Zach., t. 1er, § 126.

(2) Duvergier sur Toullier, n° 1342; Zach., § 15; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 552; Demolombe, n° 588; — Amiens, 6 août 1824, Dev. Pal.; Bordeaux, 6 juin 1842, Dev., 1842, 2, 485; Pal., 1844, 1, 35. *Voy.* cep. Magnin, Des minorités, n° 889.

(3) Zach., t. 1er, p. 258; Demolombe, n° 586;—Nîmes, 3 janvier 1811, Dev. Pal. — *Voy.* cep. Dur., t. 3, nos 765 et 766; D., Interd., sect. 1re, art. 4;—Nîmes, 3 janvier 1811, Dev. Pal. L'obligation de doter, disent ces auteurs, est moins étroite dans la personne de l'aïeul que dans celle du père.

mier cas, les fonctions du tuteur cessent par la majorité ou l'émancipation du pupille ; au deuxième cas, le tuteur n'est point obligé de conserver la gestion au delà de dix années. — Le législateur a considéré que la cause de l'interdiction n'ayant pas de terme, il eût été trop pénible pour des étrangers ou pour des collatéraux de conserver indéfiniment cette charge toute gratuite.

La loi excepte les ascendants, les descendants et les époux, parce qu'ils tiennent à l'interdit par des liens plus étroits.

Nous pensons que la règle doit s'appliquer au subrogé tuteur, bien qu'il ne soit pas mentionné dans l'article 508 ; car il peut invoquer les mêmes causes d'excuse que le tuteur lui-même. (Demolombe, n° 623, t. 8 ; n° 395, t. 7.)

Mais on ne peut l'étendre au cas d'interdiction légale (29 C. pén.), puisque la tutelle a nécessairement, dans ce cas, un terme fixe et certain. (Demolombe, n° 624.)

Effet des actes consentis par l'interdit lui-même.

502 — L'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droit.

= L'incapacité ne vient pas du jugement, mais de l'état de celui contre qui l'interdiction est prononcée : il semblerait, dès lors, qu'elle dût remonter à l'époque où la démence a commencé ; cependant, la loi distingue : les actes ont été passés antérieurement au jugement (*voy.* art. 503), ou ils ont été souscrits depuis : elle déclare *nuls de droit*, les actes faits par l'interdit *depuis le jugement* d'interdiction : ce jugement produit donc son effet, nonobstant appel et même avant d'avoir été signifié. L'appel n'est réellement suspensif que pour la nomination du tuteur et du subrogé tuteur (505) (1).

Toutefois, si la cour, en infirmant le jugement d'interdiction, a néanmoins nommé un conseil, il est clair que la nullité n'existera que pour les actes qui nécessitaient l'assistance de ce conseil.

Ainsi, la validité des actes faits depuis le jugement est *in suspenso* jusqu'à l'arrêt de la cour : ils seront valables ou nuls, suivant que la cour infirmera ou confirmera le jugement de première instance.

Nous disons que les actes passés, même depuis l'appel interjeté, sont *nuls de droit* (2) : c'est-à-dire, qu'il suffira, pour faire tomber l'acte, de constater qu'il est postérieur au jugement ; qu'il n'y aura pas lieu de

(1) Merlin, Rép., t. 6, p. 437; Chauveau, quest. 1652; Proudhon, t. 2, p. 332; Delv., t. 1er, p. 480. *Voy.* cep. Toulouse, 29 janvier 1821, Dev. Pal.

(2) Les *nullités de droit* sont en général celles qui n'ont pas besoin d'être prononcées. *Voy.*, par exemple, 692 Pr., 25 Code civil. — Il ne s'agit point ici de cette nullité.

rechercher si les personnes qui ont traité avec l'interdit ont été ou non de bonne foi ; qu'à la différence des actes passés par le mineur, lesquels ne sont annulables que pour cause de lésion, ceux que l'interdit a passés sont annulables par cela seul qu'il y a eu incapacité. Sous ce rapport, la position de l'interdit est semblable à celle de la femme qui a contracté sans être autorisée de son mari ou de justice. — Pourquoi cette différence? La minorité ne suppose que l'inexpérience de l'âge, tandis que l'interdiction suppose l'aliénation mentale : cette présomption est continue; on ne tient point compte des intervalles lucides (489).

Ne concluons pas de ces mots: *nuls de droit,* que les actes soient radicalement nuls : ils sont seulement *annulables;* de là il résulte :

1° Que la nullité de l'acte doit être demandée, et elle ne peut l'être que par la partie, ses héritiers ou ses ayants cause ;

2° Que les tiers avec lesquels ont été passés les actes dont il s'agit ne peuvent l'invoquer: ils sont censés avoir reconnu à celui avec lequel ils ont traité la capacité de donner un consentement réfléchi (1225) : la nullité n'est que relative ;

3° Que le vice de ces actes peut être effacé par la ratification (1338) ;

4° Que l'action en nullité ne serait même plus recevable après l'expiration de dix années depuis la levée de l'interdiction (1304). (Dur., n° 769; Proudhon, p. 325 ; D., Interd., sect. 1, art. 4, n° 885 ; Demolombe, n°s 127 et suivants.)

Il nous reste à faire observer que le mot *actes* est employé ici dans l'acception la plus large : ce mot doit s'entendre de tous les actes qui ont pu être faits depuis l'interdiction, soit par l'interdit, soit contre l'interdit par des tiers.

Appliquez les mêmes règles aux actes que l'interdit aurait passés dans l'intervalle du jugement à l'arrêt de la cour, en cas d'appel : l'incapacité, nous le répétons, date du jour où le jugement a été prononcé (1).

503 — Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits.

= Les actes faits depuis l'interdiction sont nuls de droit (502) ; mais ceux qui ont été faits antérieurement, même pendant le cours de l'instance (2), sont valables en principe ; car l'interdit n'était alors frappé d'aucune incapacité légale.

Toutefois, comme il peut arriver que l'on ait abusé de sa position, ces actes sont annulables dans les deux cas exceptionnels prévus par les articles 503 et 504 : le législateur a considéré que l'interdic-

(1) Merlin, Rép., v° Délai, sect. 1re, § 5, p. 34; Demolombe, t. 1er, n° 217; t. 8, n° 630; — Riom, 14 février 1842, Dev., 1842, 2, 153.

(2) Metz, 25 février 1819; Paris, 10-19 mai 1816; Bruxelles, 3 janvier 1825, Dev. Pal.

tion suppose un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, nécessairement antérieur au jugement, et que cette situation intellectuelle est de sa nature exclusive de toute volonté.

Mais pour que la nullité soit prononcée, trois conditions sont requises; il faut :

1° Qu'il y ait eu interdiction ;

2° Qu'au moment où l'acte a été passé, la cause d'interdiction, c'est-à-dire, l'état *habituel* d'imbécillité, de démence ou de fureur ait existé : une fièvre délirante, un état d'ivresse, dont on aurait profité pour faire souscrire l'acte, ne constituerait pas un état habituel; partant, on ne serait plus dans le cas de notre article : sans doute l'acte pourra être annulé, mais alors ce sera en vertu de l'art 1109, c'est-à-dire, à charge de prouver le vice du consentement (1) ;

3° Que cette cause ait été *notoire* (c'est-à-dire connue de tous). Si la notoriété n'était que relative, il faudrait établir, pour faire prononcer la nullité que la position de l'individu était connue de celui qui a traité avec lui ; ce qui rentrerait dans le cas de l'article 1117.

La loi ne s'explique pas sur la manière de prouver la notoriété; elle s'en rapporte à la prudence du tribunal : cette preuve peut être faite en général par tous moyens légaux (1341, 1348, 1353). (*V.* Demolombe, n°s 655 et suiv.)

Lorsque ces trois conditions se trouvent réunies, le dol se présume ; l'acte peut être annulé, encore bien que le demandeur ne soit pas en état de prouver que l'individu qui, depuis, a été interdit, était réellement privé de raison lorsqu'il a contracté : en effet, si cette preuve était nécessaire, à quoi servirait l'art. 503? L'article 1108 ne suffirait-il pas? On doit supposer que la loi a voulu dire ici quelque chose de plus, à raison de la protection toute spéciale qu'elle accorde à l'interdit. — Si le défendeur prétend que l'acte a été souscrit dans un intervalle lucide, c'est à lui de prouver ce fait; on ne l'admettrait pas à dire qu'il ignorait la cause d'interdiction (2).

Peut-être faudrait-il faire une distinction : en effet, lorsque l'acte porte des preuves de folie, à quoi bon rechercher si la cause d'interdiction était notoire ; l'incapacité n'est-elle pas suffisamment établie?

Il est à remarquer que la loi ne parle, ni dans cet article, ni dans le suivant, de ceux auxquels il a été donné un conseil : concluons de ce silence qu'elle considère comme inattaquables les actes passés antérieurement à la nomination de ce conseil, s'ils ont d'ailleurs une date certaine (3). — Au surplus, les travaux préparatoires du Code civil ne laissent aucun doute sur l'intention du législateur à cet égard. (*Voy.*

(1) Valette sur Proudhon, p. 540.

(2) Delv., p. 137, n° 10; Dur., n°s 775-778, et D., Interdict., sect. 1re et 4 (Val.). (Toullier, 1359 et suiv.). — Suivant lui, la capacité antérieure à l'interdiction se présume; la preuve de l'incapacité est à la charge de ceux qui attaquent les actes. Cette opinion est contraire au texte.

(3) Pothier, Oblig., n° 51; Toullier, n° 1385; Dur., n° 781; Demolombe, n° 662; — Cass., 9 juillet 1816, S., 17, 1, 150; D., Interd., sect. 1re, art. 4; Orléans, 24 août 1837, D., 1837, 2, 146; Dev., 1838, 2, 66; Pal., 1837, 2, 207.

l'exposé des motifs.) L'état de démence, dit Valette sur Proudhon, p. 570, constitue une situation en général très-tranchée et très-reconnaissable ; tandis qu'il n'en est pas ainsi de la faiblesse d'esprit ou de la prodigalité. — Peut-être serait-il plus vrai de dire que les jugements portant dation d'un conseil judiciaire sont constitutifs de l'incapacité, tandis que les jugements d'interdiction sont plutôt déclaratifs de la démence (1).

— L'individu qui était en état de démence au moment où il a souscrit l'acte, et qui a recouvré la raison avant que son interdiction ait été prononcée, peut-il, en faisant les justifications dont parle notre article, demander la nullité de cet acte? ∿ L'interdiction, dit Proudhon, p. 327 et 331, est un préalable indispensable pour que les actes puissent être attaqués; alors seulement, il y a une présomption très-forte qu'en effet l'individu qui veut se faire restituer ne jouissait pas de sa raison au moment où ces actes ont été passés :—d'ailleurs, l'action ne peut appartenir ni à celui qui a souscrit l'acte, puisqu'il était légalement capable ; ni au tuteur, puisque l'interdiction n'a pas été prononcée ; ni aux héritiers, puisque leurs droits ne sont pas ouverts. ∿ Précisons la question : nul ne conteste qu'un individu peut se faire restituer, en prouvant qu'il ne jouissait pas de sa raison au moment où il s'est obligé; car il n'y a pas de convention sans consentement (1108-1117). Le doute ne peut donc s'élever que dans le cas où la personne demande à se faire restituer contre ses engagements, en prouvant qu'elle était, à l'époque de la passation de l'acte, en état de démence *notoire :* or, on trouve, dans l'article 504, un argument péremptoire contre la théorie de Proudhon : en décidant qu'après la mort d'un individu, les actes par lui passés ne pourront être attaqués pour cause de démence qu'autant que son interdiction aura été prononcée ou provoquée *avant son décès*, cet article nous paraît décider implicitement que cette personne peut, de son vivant, attaquer ces actes sans que les mêmes conditions soient exigées, c'est-à-dire, bien que l'interdiction n'ait été ni prononcée ni même provoquée. — Au surplus, les tribunaux prendront en considération l'état habituel de démence, la notoriété de cet état, et la bonne foi des tiers ; ils ont un pouvoir absolu d'appréciation (2).

L'incapacité résultant de l'interdiction est-elle complète? S'étend-elle, sans aucune distinction, à toutes les facultés de la vie civile? ∿ Nous n'entrerons pas dans l'examen des distinctions purement arbitraires faites par les auteurs ; cet examen serait d'ailleurs sans utilité réelle : il faut adopter une théorie unique ; sans cela, on tombe inévitablement dans des contradictions manifestes. Toutes les difficultés qui peuvent naître doivent être ramenées aux deux propositions suivantes : il s'agit d'un droit qui peut être exercé par un autre que celui qui en a la jouissance ; ou ce droit est essentiellement personnel.—Au 1er cas, l'article 502 reçoit une application pleine et entière : cela ne fait point l'objet d'un doute; les auteurs sont unanimes à cet égard : mais ils sont divisés sur le 2e cas, en d'autres termes, lorsqu'il s'agit d'un acte exclusivement attaché à la personne, tel que le mariage, l'adoption, le testament, la donation entre-vifs.—Demolombe, n° 640, professe que l'interdit peut consentir ces actes pendant un intervalle lucide; il invoque les traditions du droit romain et celles de notre ancien droit français (Instit., l. 2, t. 12, § 1; l. 6, C. *de cur. sur.*; l'Ancien Denizart, t. 4, v° Test.,

(1) Dur., n° 781; Zach., p. 140; Locré, Législ., p. 393.

(2) Demolombe, n° 661; Dur., n° 781; Zach., p. 260; Val. sur Proudhon, p. 240-782; Delv., p. 132, n° 10; p. 137, n° 11; D., Interd., sect. 1re, art. 4; — Lyon, 24 août 1831, Pal. Dev., 1832, 2, 84; Dal., 32, 2, 2.

nos 156 et 157; vo Interd., no 6; Meslé, part. 2, chap. 13, p. 475 et 476; Furgole *de test.*, ch. 4, sect. 2, no 8; Ricard, Don. et Test., part. 1, ch. 3, sect. 2); — les règles de la science médicale (Esquirol, t. 1er, p. 79 et suiv.; Penel, Traité médico-philosophique de l'aliénation mentale, p. 452; un article de Lacaze, Revue de législ. de Wolowski, t. 1er, 1851, p. 226); — les termes mêmes de l'article 509 : cet article, dit-il, déclare que la tutelle des mineurs s'applique à la tutelle des interdits; or, lorsque l'article 450 déclare que le tuteur représentera le mineur dans tous les actes civils, il ne comprend que les actes à l'égard desquels cette représentation est possible : l'article 502 se réfère évidemment aux articles 450 et 509. — Enfin, il se fonde sur les principes mêmes de l'organisation de la tutelle, et il termine ainsi : « La tutelle, quelle qu'elle soit, des mineurs ou des interdits, est essentiellement une mesure de protection; elle n'a pas pour but, et elle ne doit pas avoir pour résultat de frapper celui qu'elle protége d'une sorte de mort civile partielle; or, c'est là qu'en vient la doctrine que je combats, doctrine inhumaine non moins qu'illogique. » ∽ Néanmoins, le système contraire nous paraît mieux établi : les termes de l'article 502 sont généraux. — La présomption d'incapacité qui a dicté cet article est absolue; — on doit croire que le législateur, en vue de protéger l'interdit, a entendu refuser aux tribunaux l'appréciation du fait de lucidité, appréciation qui serait complétement livrée à l'arbitraire, et qui pourrait donner lieu à des surprises (1). (*Voyez* ce que nous avons dit à cet égard, p. 362 et suiv.)

Par quel délai se prescrit le droit que consacre l'article 503 de demander la nullité d'un acte que l'interdit a passé avant son interdiction? ∽ Il a été jugé que l'existence reconnue de la cause d'interdiction empêche toute prescription de courir; que l'article 1304 n'est pas applicable ici, car l'article 503 ne fait point d'exception (2). ∽ Quoi qu'il en soit, dès le moment où nous admettons que la prescription décennale court à partir de la mainlevée de l'interdiction, lorsqu'il s'agit d'actes faits par l'interdit depuis le jugement, nous devons décider de même à l'égard des actes antérieurs au jugement.

Toullier, no 616, tome 7, fait même courir le laps de dix années à partir de la date de l'acte. Cette opinion nous paraît inadmissible; nous comprenons qu'il y ait de graves inconvénients à laisser indéfiniment les tiers dans une position incertaine; mais enfin ils ont à s'imputer leur imprudence, puisque l'état de démence était notoire. — Dans tous les cas, le juge conserve l'appréciation des circonstances.

504 — Après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence (3), qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès, à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué.

= Observons que le mot *actes*, malgré sa généralité, ne peut comprendre ici les dispositions à titre gratuit : d'une part, ce mot doit

(1) Delv., p. 55, no 1; Toullier, no 502, t. 1er; no 57, t. 5; Proudhon, t. 1er, p. 375; t. 2, p. 531; Dur., t. 2, nos 27 et 34; t. 3, no 759; Grenier, Don., no 104; Zach., t. 5, p. 14.

(2) Proudhon, t. 2, p. 326 et 328; Merlin, Rép., vo Interd., p. 506; — Rennes, 18 août 1825, Dev. Pal.; Aix, 17 février 1832, Pal.; Angers, 13 février 1846, Pal., 1846, 2, 96.

(3) Cette disposition s'applique, *à fortiori*, au cas où l'interdiction aurait été prononcée pour cause de fureur et même d'imbécillité. *Voy* cep. Dur., *loc. cit.*

nécessairement avoir, dans l'article 504, le même sens que dans l'article 503; or, ce dernier article n'a traït qu'aux actes à titre onéreux: d'autre part, l'article 901 exige, comme condition essentielle et spéciale, pour la validité de ces sortes de dispositions, que le disposant ait été sain d'esprit: il suffit, en conséquence, pour détruire l'effet de la libéralité, d'établir qu'à l'époque de la passation de l'acte, le disposant était accidentellement incapable de donner un consentement valable. —Ajoutons que, dans la discussion au conseil d'État, on est tombé d'accord que l'article 504 ne s'appliquerait pas aux dispositions à titre gratuit: restreignons donc ses effets aux actes à titre onéreux. (Fenet, t. 12, page 296.)

Pourquoi cette différence? Les donataires et les légataires *certant de lucro captando;* les tiers qui ont traité à titre onéreux, *certant de damno vitando:* on comprend, dès lors, que la loi ait dû admettre plus difficilement l'action en restitution dans ce dernier cas que dans le premier. Ajoutons que les dispositions à titre gratuit sont souvent faites à une époque où l'homme, affaibli soit par la maladie, soit par les années, est plus accessible aux influences (1).

Cela posé, arrivons plus spécialement à notre article; et d'abord sur quels motifs est-il fondé? Le législateur a considéré:

1° Que l'interrogatoire, le moyen le plus sûr de résoudre le problème de la capacité, n'est plus au pouvoir du juge;

2° Qu'on devait protéger les tiers contre la tendance des héritiers ou autres successeurs à prétendre qu'on a surpris à leur auteur les actes qui leur préjudicient;

3° Qu'il importait de prévenir une multitude de procès qui pourraient surgir après la mort de la personne, alors qu'elle ne pourrait plus fournir aucun renseignement sur les causes qui l'ont amenée à contracter;

4° Enfin, il a voulu punir les héritiers de la négligence qu'ils ont mise à provoquer l'interdiction; ce qui révèle de leur part une indifférence coupable.

Maintenant, il est facile de saisir le sens de cette disposition, un peu obscure au premier abord:

En principe, les héritiers ne sont pas admis à attaquer les actes faits par leur auteur, en se fondant sur ce que la date de ces actes remonte à une époque où il se trouvait dans un cas d'interdiction (489), quand même son état aurait été notoire: la circonstance de notoriété ne peut, aux termes de l'article 503, être invoquées que *de son vivant.*

Le droit ne passe aux héritiers que dans quatre cas:

(1) Valette sur Proudhon, t. 2, p. 543; Dur., n° 782; Chardon. Puiss. tut., n° 206; Dal., n° 583; Zach., t. 1er, p. 261; Coin-Delisle, art. 901, n° 9; Grenier, Don., t. 1er, nos 101 et 102; Toullier, t. 5, n° 56; Dur., n° 787, t. 3; t. 8, n° 155; Demolombe, n° 675; Merlin, Rép., v° Test., sect. 1re, art. 1er, n° 1, t. 2; — Besançon, 19 décembre 1810; Cass., 22 novembre 1810, 17 novembre 1813; Colmar, 17 juin 1812; Cass., 26 mai 1822, 22 novembre 1827, 10 mars 1824, 18 novembre 1809; Rouen, 3 mai 1816; Toulouse, 10 février 1821; Poitiers, 27 mai 1809; Pau, 26 mai 1815 Metz, 26 juillet 1817, Dev. Pal.

1° Lorsqu'il y a eu interdiction *prononcée* (*voyez* toutefois les observations de Demolombe, n° 671). Les héritiers se trouvent alors saisis du droit qui était acquis à leur auteur. (*Voyez* art. 502 et 503.)

2° Lorsque l'interdiction a été *provoquée* avant son décès : le commencement de poursuites résulte de la présentation de la requête : c'est ainsi, en effet, qu'on provoque l'interdiction (Demolombe, n° 670).—La question de démence se trouvant alors consignée dans une procédure antérieure au décès, on ne peut dire que le poursuivant ait reculé devant la preuve décisive de l'interrogatoire.

Si la demande en interdiction avait été rejetée, si l'instance avait été déclarée périmée (392 P.), ou si le demandeur en interdiction s'était désisté, les actes dont il s'agit échapperaient à l'action en nullité (1).

3° Lorsque la preuve de la démence résulte de l'acte même qui est attaqué; c'est là une question de fait : on examinera les clauses de l'acte, ses conditions et ses effets (Demolombe, no 608 ; Chardon, Puiss. tut., n° 786).

4° Lorsqu'une personne non interdite a été placée dans un établissement d'aliénés : aux termes de la loi du 30 juin 1838 (art. 39), ses héritiers peuvent demander la nullité des actes qu'elle a passés dans cet établissement.

—Notre article suppose un état *habituel* d'aliénation mentale : *quid* si le défunt n'avait eu que des accès momentanés ? ∿ Il ne se serait point trouvé dans un cas d'interdiction : l'article 1109 serait le seul que les héritiers pourraient invoquer; il n'y aurait point lieu d'appliquer l'article 504, car cet article n'est que la conséquence de l'article 489.

Demolombe, no 666, va plus loin : suivant cet auteur, les héritiers ne sont même point admis, en ce cas, à se prévaloir de l'article 1109 ; il argumente, notamment, de la disposition finale de l'article 504 : S'il était vrai, dit-il, que la démence non habituelle, mais contemporaine de l'acte, pût être établie par toutes sortes de preuves, ces mots qui terminent l'article : *à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué*, n'auraient aucun sens ; ils seraient dérisoires, ou plutôt tout à fait inintelligibles.—Le législateur a sans doute voulu prévenir, après la mort d'une personne, toutes allégations de démence, lorsqu'elles ne se présentent pas avec la preuve établie; il a voulu éviter une enquête, mesure toujours déplorable, qui ne conduit que rarement à une certitude. ∿ Valette sur Proudhon, p. 542, professe également cette opinion; toutefois, il ajoute, sous la forme du doute : Peut-être le vrai sens de l'article est-il que, si l'interdiction n'a été ni provoquée ni prononcée, on pourra néanmoins argumenter de l'état habituel de démence, lorsque le contenu de l'acte fournira une demi-preuve de démence. ∿ Nous ne pouvons croire que le législateur ait entendu consacrer de semblables dérogations au droit commun dans une phrase purement incidente ; il faudrait pour cela un texte formel.—D'ailleurs, la place d'une semblable modification eût été naturellement dans le titre des obligations conventionnelles, à la suite du principe général de l'article 1109. — A vrai dire, cette disposition de l'art. 504 est inutile : après avoir déclaré que les héritiers ne pourraient attaquer l'acte fait par leur auteur en se fondant sur une cause d'aliénation mentale, qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée, le législateur a cru devoir compléter sa pensée, en faisant excep-

(1) Toullier, n° 1363; Dur., n° 786; Demolombe, n° 669;— Caen, 27 juillet 1822. Dev. Pal.

tion pour le cas où la preuve de l'aliénation mentale résulterait de l'acte même : voilà tout ; il ne faut rien chercher au delà. Le passage suivant du discours de M. Emmery confirme cette pensée : « Après la mort d'une personne interdite, a dit l'orateur, on ne peut plus attaquer, pour cause d'imbécillité ou de démence, les actes par elle faits de son vivant ; deux cas sont exceptés : 1o si l'interdiction avait été, sinon prononcée, du moins provoquée avant le décès de cette personne ; — 2o si la preuve de la démence résultait de l'acte même qui serait attaqué. — *Les motifs de l'exception, dans le dernier cas, sont d'une évidence frappante, et n'ont point besoin de développement* (Fenet, t. 10, p. 713).» — Si l'on admettait le système que nous combattons, autant vaudrait dire que, hors le cas d'interdiction prononcée ou provoquée, les héritiers ne sont jamais recevables à intenter l'action en nullité ; car ceux qui veulent surprendre une signature ont toujours soin de rédiger l'acte de manière à ce qu'il n'ait rien de choquant.

Quelles causes font cesser l'interdiction ; procédure à suivre pour en obtenir mainlevée.

512 — L'interdiction cesse avec les causes qui l'ont déterminée : néanmoins, la mainlevée ne sera prononcée qu'en observant les formalités prescrites pour parvenir à l'interdiction, et l'interdit ne pourra reprendre l'exercice de ses droits qu'après le jugement de mainlevée.

= L'interdit qui a recouvré la raison doit être admis à reprendre l'exercice de ses droits : toutefois, il faut nécessairement un jugement pour détruire celui qui l'a frappé d'incapacité (896 Pr.).

Le tribunal compétent est celui qui a prononcé l'interdiction, c'est-à-dire, celui du lieu où l'interdit avait son domicile à l'époque de l'organisation de la tutelle (1).

Quelle est la procédure à suivre pour obtenir ce jugement? celle qui a été observée pour parvenir à l'interdiction ; les termes de notre article sont explicites à cet égard : elle consiste dans les formalités suivantes ; nous nous bornerons à les rappeler :

1° Requête au président du tribunal (890 Pr.) : cette requête peut être présentée par l'interdit lui-même ; bien plus, la loi n'exige pas qu'il soit assisté de son tuteur : cette assistance devient en effet sans objet dès le moment où l'on suppose que l'individu est en état de se diriger par lui-même (2). D'ailleurs le tribunal à qui la requête est présentée (Pr., art. 890), apprécie les ciconstances ; il peut refuser de faire convoquer le conseil de famille, et empêcher ainsi les poursuites d'aller plus loin (art. 891 et 892 Pr.).

2° La requête est communiquée au ministère public, lequel donne

(1) Demolombe, n° 682; Carré, t. 3, n° 3038; — Paris, 13 germinal an X, Dev. Pal.

(2) Dur., n° 791; Berriat, p. 683; Carré, Quest., n° 3036; Toullier, n° 1364, t. 2; Delv., p. 138, n° 5; Demolombe, n°s 678 et suiv.; Valette sur Proudhon, p. 553; Pigeau, Pr., t. 2, part, 4; — Cass., 2 février 1816; Riom. 2 décembre 1830, Dev., 1833, 2, 493, Pal.; Bordeaux, 8 mars 1822, Dev. Pal.

ses conclusions, sans les motiver, en quelques mots placés à la suite de l'ordonnance du président relative à la communication (891).

3° Un juge rapporteur est nommé (891 Pr.).

4° Le juge fait son rapport dans la chambre du conseil (892 Pr.).

5° Le conseil de famille est appelé à donner son avis sur l'état mental de l'interdit (892 P., 494 C. civ.).

6° L'interdit est interrogé dans la chambre du conseil (496 C. civ.).

7° Le jugement est rendu en audience publique.

8° Il ne produit son effet, si la mainlevée a été prononcée, qu'à partir du jour où il a été prononcé : on n'a point égard à la date de la demande.

Le jugement de mainlevée ne reçoit pas la même publicité que celui qui a prononcé l'interdiction : en déclarant que la mainlevée ne sera prononcée qu'en observant les formalités prescrites *pour parvenir à l'interdiction*, notre article se réfère uniquement aux formalités qui ont eu pour but d'atteindre ce résultat. Il importe aux tiers de ne pas traiter avec un incapable, mais ils n'ont point d'intérêt à connaître le jugement qui lève l'incapacité.

Nous ne pensons pas que l'interdit soit tenu de donner assignation à son tuteur : si la famille est unanime pour la mainlevée, à quoi bon, en effet, le mettre en cause ? Le mandataire ne peut avoir d'autre volonté que celle du mandant ;—ceux qui ont été d'avis opposé à la mainlevée, en cas de partage dans le conseil, peuvent former opposition par acte extrajudiciaire signifié à l'interdit, lequel doit alors les appeler : si l'interdit n'a pas eu égard à cette opposition, ils peuvent intervenir dans l'instance, et même attaquer par voie d'opposition le jugement de mainlevée (arg. de l'art. 888). — Quant au tuteur de l'interdit, en aucun cas il n'a qualité pour intervenir (1).

Si le jugement ne donne pas mainlevée pure et simple de l'interdiction, mais place l'interdit sous l'assistance d'un conseil judiciaire, il y a lieu de remplir les formes prescrites par l'article 501 ; car il importe de faire connaître aux tiers intéressés que l'état d'interdiction n'a été levé que sous réserve (2).

— La demande en mainlevée de l'interdiction peut-elle être formée non-seulement par l'interdit, mais encore par le tuteur, par le subrogé tuteur ou par l'un des parents de l'interdit ? Contre qui l'action serait-elle dirigée ? contre l'interdit ? Il serait bien étrange que ce dernier fût défendeur à une demande en mainlevée. — Contre le tuteur ou le subrogé tuteur ? Mais l'interdit n'est-il point partie principale au procès ? — Concluons de là qu'elle ne peut être formée que par ce dernier lui-même. (*Voyez* cep. Demolombe, n° 681 ; Chardon, Puiss. tut., n°s 254 et 1257).

(1) Toullier, n° 1364, note; Dur., n° 791; Delv., t. 1er, p. 330, n° 5; Favard, Rép., v° Interd., § 3, n° 7; Magnin, Minorités, t. 1er, p. 736; Merlin, Quest., v° Interdict., § 3, n° 7; Pigeau, t. 2, 4e partie, p. 434;—Cass., 12 février 1816, Dev. Pal.—Suivant Demolombe, n° 679, le tuteur doit être mis en cause, car il est contradicteur du mineur et représentant des intérêts que l'interdiction a pour but de protéger. *Voy.* aussi Metz, 6 août 1818, et Riom, 2 décembre 1830; D., 1833, 2, 212, Dev. Pal. Mais cette opinion est généralement rejetée.

(2) Rennes, 14 juin 1819, Dev. Pal.

CHAPITRE III.

DU CONSEIL JUDICIAIRE.

Le tribunal peut, comme nous l'avons vu, nommer un conseil judiciaire à la personne dont les facultés ne sont pas assez dérangées pour qu'il y ait lieu de l'interdire, mais assez, cependant, pour qu'on doive la priver du droit de faire certains actes (499). — La prodigalité doit être considérée jusqu'à un certain point comme le résultat d'une faiblesse d'esprit ; néanmoins, on ne la juge pas suffisante pour motiver, comme autrefois, l'interdiction absolue (1) : elle donne seulement lieu à la nomination d'un conseil judiciaire.

On nomme *conseil judiciaire*, la personne que désigne le tribunal pour diriger le prodigue dans certains actes importants de la vie civile.

C'est donc le tribunal qui nomme le conseil (de là cette dénomination de *conseil judiciaire* ou *nommé par justice*). Le législateur a craint que la famille, moins soucieuse des intérêts du prodigue que des siens propres, ne se laissât influencer dans son choix par un sentiment d'intérêt personnel, et qu'elle ne plaçât près du prodigue un parent qui serait disposé à refuser son assistance pour tout acte qui pourrait, en résultat, ruiner les espérances de ses héritiers. Au surplus, rien ne s'oppose à ce que le tribunal choisisse un membre de la famille, même un héritier présomptif du prodigue (2).

Ainsi, le conseil judiciaire ne peut être ni légitime, ni testamentaire, ni datif; les règles de la tutelle ne reçoivent pas ici leur application.

Le prodigue est l'individu qui dissipe habituellement son patrimoine en dépenses folles et inutiles.

Toute personne, sans distinction, peut être soumise à un conseil judiciaire : le mineur comme le majeur; l'individu marié (homme ou femme) comme les célibataires. — En ce qui concerne les mineurs, aucun doute ne s'élève (P. 547) ; nous avons établi qu'on peut l'interdire : les mêmes raisons doivent faire décider qu'on peut le soumettre à un conseil judiciaire (3). — En ce qui concerne la femme mariée, notre décision paraît contestable au premier abord : la nomination d'un conseil semble non-seulement inutile, mais encore attentatoire à l'autorité maritale : quoi qu'il en soit, la mesure se justifie parfaitement lorsque la femme s'est réservé l'administration et la jouissance de certains propres, notamment lorsqu'elle est séparée de biens : dans ce dernier cas, en effet, l'autorité maritale serait impuissante pour l'empêcher de dissiper ses capitaux en folles dépenses (1449) (4).

La nécessité de donner un conseil à la femme mariée peut se faire

(1) L. 12, § 2, ff. de tut et cur. datis.

(2) Demolombe, nos 445 et 696, t. 8; — Bourges, 5 mai 1846, Dev., 1846, 2, 329.

(3) Demolombe, no 697; — Montpellier, 14 décembre 1842, Pal., 1842, 2, 253; Dev., 1842, 2, 310; Cass., 4 juillet 1838; Bourges, 3 juillet 1837, Pal., 1838, 2, 65.

(4) Rennes, 7 décembre 1840, Dev., 1841, 2, 423.

sentir même lorsque les époux sont communs en biens; par exemple, si le mari est absent, ou s'il est pourvu lui-même d'un conseil judiciaire (1).

Il est bien entendu que les fonctions du conseil judiciaire n'appartiennent pas de droit au mari, comme on l'a jugé à tort (2) par argument de l'article 506 : en effet, il ne s'agit plus de placer la femme sous la puissance tutélaire, mais uniquement de désigner un tiers qui l'éclairera de ses avis et l'assistera pour certains actes importants déterminés par la loi : or, il serait inconséquent d'attribuer au mari cette mission, s'il ne réunissait pas les qualités requises; par exemple, s'il était lui-même mauvais administrateur (Demolombe, n° 697).

La position de l'individu soumis à un conseil diffère essentiellement de celle de l'interdit et de celle du mineur émancipé :

Elle diffère de celle de l'interdit; car c'est toujours lui qui est en scène; seulement, ainsi que nous l'avons déja fait remarquer, il doit se faire assister de son conseil pour certains actes spécialement déterminés: le tuteur représente la personne de l'interdit dans tous les actes civils. — L'incapacité du prodigue est bornée à certains actes; l'interdit est incapable de faire même des actes de simple administration. — L'assistance du conseil suffit pour relever le prodigue de l'incapacité qui le frappe, lors même qu'il s'agit d'emprunter, d'aliéner ses immeubles, de les hypothéquer ou de transiger; le tuteur ne peut faire ces actes au nom de l'interdit que sous certaines conditions (457 et suiv.). — Les actes antérieurs à l'interdiction peuvent être annulés; les actes antérieurs à la nomination d'un conseil judiciaire sont inattaquables (503 et 504). — Le tuteur est nommé par le conseil de famille ; le conseil judiciaire est nommé par le tribunal. — Enfin, le conseil judiciaire n'a aucune autorité sur la personne elle-même; sa mission est restreinte aux biens : c'est ainsi qu'il peut transférer son domicile où bon lui semble ; se donner en adoption, ou adopter un tiers; reconnaître un enfant naturel, contracter mariage : le tuteur prend soin de la personne de l'interdit.

Elle diffère de celle du mineur émancipé; car il n'y a pour lui que deux classes d'actes : ceux qu'il peut faire seul ; ceux qu'il ne peut faire sans être assisté :—tandis que parmi les actes qui concernent le mineur émancipé, on distingue ceux qu'il peut faire seul, ceux pour lesquels il doit être assisté de son curateur, ceux pour lesquels il est assimilé au mineur non émancipé, ceux enfin qui lui sont interdits. (*Voy.* p. 581.)

La demande qui tend à faire nommer un conseil peut être formée par tous ceux qui ont le droit de provoquer l'interdiction (*voy.* art. 491); on observe les mêmes formalités (514).

La personne à laquelle un conseil judiciaire a été nommé ne peut être rétablie dans l'exercice plein et entier de ses droits civils, qu'en observant les formalités qui ont été suivies pour atteindre ce but.

(1) Nancy, 3 décembre 1838, Dev., 1839, 2, 285.
(2) Demolombe, n° 708 et suiv.

Il nous reste à faire observer que la nomination d'un conseil judiciaire n'emporte pas, contre celui qui en est pourvu, la suspension des droits de citoyen, elle ne fait que restreindre l'*exercice de ses droits civils :* ainsi, l'individu soumis à un conseil judiciaire peut être témoin instrumentaire (Coin-Delisle, Jouiss. des droits civils, n° 21, art. 7).

513 — Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal.

= La nomination d'un conseil judiciaire a lieu dans deux cas :

1° Lorsque le tribunal pense que l'individu n'est pas assez dénué de sens pour qu'on puisse prononcer son interdiction ; mais qu'il est cependant incapable, à raison de la faiblesse de son esprit, de faire seul certains actes importants (*voy.* article 499);

2° Dans le cas de prodigalité, c'est-à-dire, lorsqu'une personne dissipe son patrimoine en vaines et folles dépenses, sans aucun résultat utile ni pour la société, ni pour elle-même; par exemple, dans des procès, ou dans des entreprises insensées.

La loi ne détermine pas les caractères de la prodigalité ; elle s'en rapporte sur ce point à l'appréciation des tribunaux.— Remarquons seulement qu'un fait de dissipation, même quelques fautes accidentelles, ne suffiraient point pour motiver la nomination d'un conseil judiciaire; ce sont les mauvais penchants, l'habitude qui se déclare, qu'elle veut atteindre : on conçoit, dès lors, que la nomination d'un conseil ne doit être ni trop tardive, ni trop précipitée.

Ce conseil est nommé, non par le conseil de famille, comme le tuteur, mais par le tribunal : on choisit ordinairement, pour ces sortes de fonctions, des personnes dont l'expérience et la probité sont connues.

La plupart des auteurs décident que le tribunal peut nommer plusieurs conseils, et que leur assistance simultanée est requise, à moins qu'ils n'aient été nommés l'un au défaut de l'autre ; auquel cas, le premier nommé doit seul être consulté (1).— Nous pensons, avec Demolombe, n° 94, que ce serait aggraver arbitrairement l'incapacité légale du prodigue ; car cette assistance deviendrait souvent difficile à obtenir. L'unité nous paraît être dans l'esprit de la loi, en matière de conseil judiciaire comme en matière de tutelle.

Le majeur auquel on a nommé un conseil est capable, en général, de tous les actes de la vie civile ; sa liberté n'est gênée qu'à l'égard de certains actes que la loi prend soin de déterminer : cette énumération est limitative; les tribunaux ne peuvent la modifier ni en plus ni en moins (2); mais aussi on doit l'observer avec toute l'étendue qu'elle comporte.

(1) Toullier, n°s 1367 et 1377, t. 2, p. 132; Chardon, Puiss. tut., n° 267.

(2) Dur., n° 799; Toullier, n° 1378; Zach., t. 1er, § 140.

Le prodigue peut se marier ,puisque cette faculté ne lui est pas interdite (1). Par conséquent , ses biens doivent être soumis à l'hypothèque légale de la femme : c'est là une conséquence nécessaire du mariage ; un principe qui ne souffre pas d'exception (2121). D'ailleurs, l'hypothèque légale n'est pas une charge consentie, mais un effet de la loi (2).

Il conserve l'administration de ses biens ; il peut même, dans cette limite, contracter des obligations : ces obligations s'exécuteront non-seulement sur ses revenus et sur ses meubles meublants, mais encore sur ses capitaux et sur ses immeubles (2092).

Mais il ne peut ni *plaider* ni transiger sans l'assistance de son conseil, que la contestation soit relative à des meubles ou à des immeubles, aux biens ou à la personne : les termes prohibitifs de la loi sont absolus ; ils embrassent même le cas où il s'agirait d'une demande en main-levée d'opposition à mariage (3).

Il ne peut *recevoir seul un capital mobilier ni en donner décharge :* nous pensons que le conseil doit surveiller l'emploi ; sans cela , son assistance à la réception du capital serait dérisoire : qui veut la fin veut les moyens (4).

Cette assistance serait nécessaire même pour transférer un rente au-dessous de 50 fr. ; la loi ne distingue pas (Demolombe, n° 727).

Il ne peut ni aliéner ni hypothéquer ses immeubles, même indirectement, en contractant des obligations personnelles ; ni par conséquent renoncer à la prescription (2225) (Troplong, Prescrip., t. 1er , n° 79 ; Demolombe, n° 733) ; mais il conserve indubitablement le droit de vendre ses meubles corporels : la libre disposition des biens de cette nature rentre dans la classe des actes d'administration (arg. des art. 1536, 1538 et 1428). L'article 513 est d'ailleurs explicite : d'une part, l'assistance du conseil n'est formellement exigée que pour la réception d'un capital mobilier ; d'autre part, il faut observer que la défense d'aliéner se trouve liée par une disjonctive à la défense d'hypothéquer : donc, le législateur n'a eu en vue, dans l'article 513, qu'une même sorte de biens, c'est-à-dire, les immeubles.

L'individu soumis à un conseil judiciaire, soit pour faiblesse d'esprit (499), soit pour prodigalité (il y a même raison), peut-il disposer à titre gratuit sans l'assistance de son conseil ? Distinguons : la faculté de tester ne lui est pas interdite ; car, en disposant ainsi, on ne se dépouille pas actuellement ; on ne dépouille que ses héritiers. — D'ailleurs, le mot *aliénation*, dans son acception technique, ne comprend

(1) Toullier, n° 1379; Dur., n° 800; Merlin, v° Prodigue, § 5; Demolombe, n° 718; — Toulouse, 2 décembre 1839, Dev., 1840, 2, 161; Dal., 40, 2, 90; Pal., 40, 1, 254.

(2) Merlin, v° Prodigue, § 5; D., Interd., sect. 2; Demolombe, n° 741. *Voy.* cep. Delv., p. 134, n° 7.

(3) Demolombe, n°s 724 et suiv.: — Besançon, 11 janvier 1851, D., 1851, 2, 61; Toulouse, 2 décembre 1839, Dal., 40, 2, 90.

(4) Demolombe, n° 726; — Caen, 6 mai 1850, Dev., 1850, 2, 592; Dal., 1851, 2, 46. — *Voy.* cep Rolland de Villargue, Rép. du not., v° Conseil judiciaire, n° 36.

pas les dispositions testamentaires; sauf ensuite l'application de l'article 901, s'il y a lieu (1).

Quant aux donations entre-vifs, elles sont évidemment au nombre des actes que le prodigue ne peut faire sans l'assistance d'un conseil : *aliéner*, c'est *rem suam alienam facere;* or, tel est évidemment le résultat des donations (2).

Nous étendrons cette solution aux donations en cas de survie, faites par le prodigue soit à ses enfants à titre de constitution de dot, soit à son conjoint par contrat de mariage (3); car le disposant aliénerait ainsi le droit qu'il avait de disposer, à titre gratuit, des choses qui en sont l'objet (1083 (4).

Bien plus, on admet généralement qu'il ne pourrait, sans assistance, s'écarter, dans son contrat de mariage, des règles de la communauté légale, par des conventions d'où résulteraient directement ou indirectement pour lui des aliénations ou des obligations : par exemple, que le préciput qu'il aurait constitué au profit de sa femme (1515 et suiv.), ou la clause d'ameublissement qu'il aurait consentie (1505 et suiv.), serait annulable (5).

Mais il n'est pas douteux que la communauté légale produirait ses effets ordinaires; autrement, le prodigue se trouverait déchu de la faculté de se marier : dès lors, ses capitaux ne seront pas réservés propres (1393, 1400, 1401).

Nous pensons, contrairement à l'opinion de Demolombe, n° 742, que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire pourrait faire seul et sans assistance une donation entre-vifs à son conjoint *pendant le mariage* (1096); car ces sortes de libéralités sont de leur nature essentiellement révocables (6).

Ainsi donc, les questions suivantes se présentent : l'acte est-il de pure administration? constitue-t-il un acte de propriété? En pareille matière, tout est relatif; il n'y a point de règle absolue.—Le juge appelé à prononcer doit avoir égard aux circonstances qui ont motivé cet engagement, à la fortune du prodigue, à la bonne foi des tiers : telle dépense qui est excessive pour les uns, se trouve bien au-dessous de ce que peuvent faire les autres. — Si l'obligation, à raison de son importance, était représentative d'un capital; ou même, sans pouvoir être considérée comme telle, si elle avait pour cause soit de

(1) Toullier, n° 59, t. 5; Proudhon, p. 568; Dur., n° 801, t. 3; n° 169, t 8; Chardon, Puiss. tut., n° 270; Demolombe, n°s 734 et suiv.; Merlin, Rep., v° Test., sect. 1re, § 1er, art. 1er, n° 3; — Aix, 14 février 1808; Orléans, 12 août 1819; Cass., 6 juin 1821, Dev. Pal.; Toulouse, 24 mai 1836, Dev. 1836, 2, 365; Dijon, 14 mai 1847, Dev., 1848, 2, 95.

(2) Demolombe, n° 736; Zach., t. 1er, p. 276; Rep., v° Testament, sect. 1re, § 1er, art. 1er, n° 3.

(3) Demolombe, n°s 738 et suiv.; — Montpellier, 1er juillet 1840, Dev., 1840, 2, 314. *Voy.* cep. Zach., t. 1er, p. 276, et Paris, 25 juin 1806. Dev. Pal.

(4) Demolombe, n° 737. *Voy.* cep. Dur., n° 861, t. 3, et Chardon, Puiss. tut., n° 270.

(5) Merlin, Rép., t. 4, v° Don. mutuel., § 2, n° 11.

(6) Toullier, n° 1379, t. 2; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 568; Chardon, Puiss. tut., n° 270; — Cass., 19 mars 1859, Dev., 1859, 2, 275; Dal., 1859, 2, 169. *Voy.* cep. Demolombe, n° 740.

grosses réparations, soit des améliorations à faire à une propriété : en un mot, si, par sa nature, elle devait porter atteinte au fonds même de la fortune, l'exécution ne pourrait en être poursuivie ni sur les revenus, ni sur le mobilier ; car ce ne serait plus là un acte de pure administration.

Sans doute, le prodigue sera valablement engagé en définitive, s'il a tiré un profit des capitaux qu'il a empruntés, ou s'il a passé pour des travaux d'amélioration ou pour de grosses réparations, avec des architectes ou des entrepreneurs, un traité qu'ils ont exécuté. Mais alors cet engagement aura pour base unique ce principe d'équité, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ; et, dans tous les cas, les tiers n'auront action contre lui que *quatenus locupletior factus erit* (1372 et 1375). Appliquez ce que nous avons dit sous l'art 484, 2e alinéa.

On voit que les traités passés avec le prodigue, non assisté de son conseil, offrent peu de sécurité aux tiers. (Demolombe, nos 743 et suiv.)

Déterminons maintenant en quoi consiste l'assistance du curateur.

Le mot *assister*, plus expressif que le mot *autorisation*, emporte l'idée d'une coopération à l'acte ; il rappelle l'*auctoritas tutoris* des Romains.

Régulièrement, le curateur doit donc figurer à l'acte même, que cet acte soit judiciaire ou extrajudiciaire... *Statim in ipso negotio præsens*, portent les Institutes de Justinien (L. 1, t. 21, § 2).

Toutefois, cette condition n'est pas rigoureusement observée dans la pratique, en ce qui concerne les actes extrajudiciaires ; il est même passé en doctrine que le conseil judiciaire peut exprimer son avis par un acte particulier et isolé (1) ; seulement on exige alors :

1° Que l'acte détermine, d'une manière claire et précise, le caractère de l'opération, ainsi que les différentes clauses et conditions auxquelles on prétend la soumettre ;

2° Que cet acte soit annexé à l'acte principal, puisqu'il en est le complément nécessaire.

Il ne suffirait donc pas aux tiers qui demanderaient l'exécution de l'acte contracté par le prodigue non assisté, de prouver que le conseil judiciaire en a eu connaissance : le concours que la loi exige ne résulterait pas de ce fait.

3° Que l'acte soit *spécial*, c'est-à-dire, *ad rem quæ geritur accommodata :* — l'assistance *générale*, c'est-à-dire, celle qui s'appliquerait à un ensemble d'opérations distinctes, à une série d'actes successifs, sans les déterminer expressément, serait insuffisante. — Il suit de là que l'individu soumis à un conseil judiciaire ne pourrait entreprendre un commerce, ni même devenir partie dans une société commerciale ; car il faudrait que le curateur l'assistât pour chaque opération, ce qui serait impraticable. — Sous ce rapport, la position du prodigue, comme on le voit, diffère essentiellement de celle du mineur émancipé,

(1) Toullier, nos 1380 et 1382, t. 2 : Dur., no 806 ; Toullier, t. 2, p. 34 ; Demolombe, nos 756 et suiv.

puisque ce dernier, lorsqu'il a été reconnu capable d'entreprendre un commerce, peut faire sans autorisation tous les actes qui s'y rattachent; elle diffère même de celle de la femme mariée devenue commerçante (220 C. C., 4 et 5 C. de com.) : on devait une protection spéciale à celui dont l'intelligence est affaibli, ou qui a fait preuve d'un penchant qui doit le conduire à sa ruine (1).

4° Enfin, il faut que l'écrit relatif à l'assistance soit antérieur à l'acte principal, puisqu'il a pour objet d'habiliter le prodigue. — L'écrit postérieur ne serait point une assistance, mais une *ratification; ex non obligato faceret obligatum :* or, la ratification est un acte par lequel on manifeste la volonté de donner force à un acte antérieur; c'est dans la ratification que se trouve en réalité l'engagement; par conséquent, un nouveau consentement de la part de celui qui s'oblige devient indispensable.

Ici se présentent deux questions que nous avons examinées déjà au chapitre de l'émancipation : Qu'arriverait-il si le prodigue, voulant agir, son conseil refusait de l'assister?

Quid, si ce dernier croyant au contraire qu'il est nécessaire d'agir, le prodigue s'y refuse?

Sur le premier point, il est d'abord certain que le refus du conseil ne peut paralyser l'action du prodigue : mais que doit-il faire? D'une part, il ne peut s'adresser à la famille, puisque le conseil judiciaire, à la différence de ce qui est établi pour le curateur, tient son pouvoir directement de la justice; d'autre part, il ne peut suppléer à l'assistance du conseil par l'autorisation de justice, faculté accordée à la femme mariée; car l'incapacité du prodigue et celle de la femme ne dérivent pas des mêmes causes : l'une tient à la personne qui se trouve diminuée dans son état; l'autre tient à des considérations de morale et d'ordre public. — Ajoutons qu'une simple autorisation de justice laisserait le prodigue entièrement libre et sans appui; ce que la loi ne veut pas (2). Le seul moyen est d'appeler le conseil devant le tribunal pour voir dire ou qu'il sera révoqué, ou qu'un conseil *ad hoc* sera nommé (3).

Sur le deuxième point, nous devons reconnaître qu'il n'existe aucun remède : car c'est le prodigue qui gouverne sa fortune et comparaît dans tous les actes; le rôle du conseil judiciaire se borne à une simple assistance : nos anciens jurisconsultes étaient explicites à cet égard : on lit dans le Nouveau Denizart (v° conseil *nommé par justice*) : « Le conseil » judiciaire ne peut pas agir pour celui à qui il est donné malgré lui, » ni le forcer à faire aucun acte. La personne à laquelle a été nommé » un conseil n'en a pas moins la liberté de faire ou de ne pas faire. » Il ne paraît pas que le Code se soit écarté de ces principes. — Tenons donc pour certain que le conseil judiciaire ne peut, en pareil cas, pren-

(1) Demolombe, n° 761; — Cass., 3 décembre 1850, Dev., 1851, 1, 737.

(2) Demolombe, n° 762;—Orléans 15 mai 1847, Dev., 1847, 2, 567; Besançon, 11 janvier 1851; D., 1851, 2, 61.

(3) Besançon, 11 janvier 1851, Dal., 1851, 2, 61.

dre l'initiative (1), même lorsqu'il s'agit d'interrompre une prescription sur le point de s'accomplir. « C'est qu'en effet, dit Demolombe, nº 765, le danger auquel la loi veut pourvoir par la nomination d'un conseil judiciaire n'est pas là; le prodigue sera en général toujours disposé à exercer des poursuites; il en sera de même du faible d'esprit, dès qu'on l'aura informé qu'il faut agir. Le vrai danger, il est dans les engagements téméraires, dans les aliénations imprudentes que pourrait consentir l'individu pourvu d'un conseil, et à ce danger là les articles 513, 1125 et 1304 ont suffisamment pourvu. »

Les actes passés par le prodigue, assisté de son curateur, sont aussi valables que s'ils étaient faits par un individu jouissant du libre exercice de ses droits.

Ceux qu'il a faits seul, dans les cas où l'assistance du conseil était requise, sont nuls de droit. (*Voyez* nos observations sur l'article 502, p. 567.)

Quant aux actes antérieurs à la nomination du conseil, ils doivent nécessairement produire leur effet : le prodigue ne peut les attaquer que pour cause de violence, de dol ou d'erreur; le bénéfice de l'article 503 ne lui est pas applicable. (P. 569.)

Par suite, on a jugé que les condamnations, même par corps, obtenues antérieurement contre lui, recevraient leur exécution (2).

Le prodigue peut demander pendant dix ans la nullité des actes passés par lui sans l'assistance de son conseil, et ce délai ne court que du jour où il a recouvré le libre exercice de ses droits (argument de l'article 1304; *v.* p. 568; Demolombe, nº 757). — On peut objecter, il est vrai, que la nomination d'un conseil judiciaire n'étant point une cause qui suspende le cours de la prescription, il n'y a point de raison pour faire profiter le prodigue du bénéfice de l'article 1304. Nous répondrons qu'il ne s'agit point, dans le cas de ce dernier article, d'une prescription, mais d'une sorte de ratification résultant du silence gardé pendant un temps prolongé : or ceux qui ne peuvent s'obliger ne peuvent ratifier; donc le délai de dix ans ne peut courir contre le prodigue tant qu'il est soumis à la condition de l'assistance. — C'est ainsi que la prescription court contre la femme séparée de biens (2262), quoique le délai déterminé par l'article 1304 ne coure point contre elle pendant la durée du mariage (comp. 1554, 1560, 1561, 2255) (3).

— Une personne peut-elle demander elle-même à être pourvue d'un conseil? Autrefois, on admettait que le conseil pouvait être nommé sur la propre réquisition de l'incapable (Denizart, vº Conseil nommé par justice, § 2, nº 1). De nos jours, Toullier, nº 1373, et Chardon, Puiss. tut., nº 263, se prononcent en-

(1) Demolombe, nºs 762 et suiv.; Dur., nº 298, t. 2; nº 796, t. 3; Magnin, t. 1er, p. 900; Favard, Rép., vº Cons. judic., p. 664; Troplong, Prescrip., nº 741, t. 2; — Paris, 6 juin 1810, Dev. Pal.; 13 février 1841, Dev., 1841, 2, 224; Cass., 8 décembre 1841, Dev., 1842, 1, 60.

(2) Pigeau, Proc., t. 1er, p. 300; Demolombe, nº 771; — Bruxelles, 13 avril 1808, Dev. Pal.

(3) Demolombe, nº 766; Dur., nº 516; Zach., p. 582; — Cass., 1er mars 1847, Dev., 1847, 1, 180.

core pour l'affirmative : La nomination d'un conseil, disent ils, n'opère aucun changement d'état ; ce n'est qu'une précaution contre les erreurs et les surprises. ∿ Pour que cette doctrine fût fondée, il faudrait une disposition légale ; or elle n'existe pas. Loin de là, nous voyons que la loi n'accorde l'action qu'aux personnes qui peuvent demander l'interdiction. — D'ailleurs, nul ne doit avoir la faculté d'aliéner sa vie civile ; tout ce qui touche à l'état des personnes est indépendant de leur volonté. — Par suite, on a jugé que l'aveu par le défendeur des faits sur lesquels s'appuie la demande, ne dispense pas de l'interrogatoire (1).

Le ministère public peut provoquer l'interdiction d'un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus : a-t-il qualité pour provoquer, dans les mêmes cas, la nomination d'un conseil judiciaire? ∿ Cette faculté, disent quelques auteurs, lui était refusée dans notre ancien droit ; le tribunat avait proposé d'ajouter à la suite de ces mots qui se trouvent dans l'article 514 : « cette défense » peut être provoquée par ceux qui ont droit de demander l'interdiction, » ceux-ci : *excepté toutefois le commissaire du gouvernement* (Locré, Lég. c., t. 7, p. 347 (2). ∿ Mais nous croyons l'opinion contraire mieux fondée. — Il importe à l'État et au bon ordre social, plus encore qu'à l'intérêt privé, d'empêcher qu'un individu ne dissipe sa fortune en folles dépenses ; car l'homme ruiné est d'autant plus dangereux qu'il a contracté des goûts dispendieux (3).

La demande en mainlevée du conseil judiciaire doit-elle être portée devant le tribunal du lieu où l'individu était domicilié à l'époque du jugement de nomination, ou devant celui du lieu de son dernier domicile? ∿ Déjà nous avons traité cette question dans le chapitre de l'interdiction (p. 574) ; mais il y a cette différence entre l'interdit et l'individu soumis à un conseil judiciaire, que le premier est entièrement assimilé au mineur en tutelle, tandis que le deuxième a l'administration de sa personne et de ses biens : d'ailleurs, il n'est pas sous la dépendance d'un conseil de famille ; par conséquent, le tribunal compétent doit être, suivant le droit commun, celui de son dernier domicile (Demolombe, n° 775 ; Cass., 14 décembre 1840 ; Pal., 1843, 2, 428).

Quel est le sort des actes passés par le prodigue pendant la litispendance? ∿ Ces actes sont valables en principe ; mais ils peuvent être annulés pour cause de mauvaise foi et de dol de la part des tiers ; ce que l'on présume facilement, lorsqu'ils ont su que l'instance était engagée : les magistrats auront égard aux circonstances (1109-1116 ; Demolombe, n° 772 ; Toullier, n° 1383, t. 2 ; Orléans, 25 août 1837 ; Dev., 1838, 2, 66).

Le conseil judiciaire est-il responsable des suites, soit de son assistance, soit de son refus d'assistance ou de sa négligence? ∿ Il n'administre pas ; sa seule mission est de donner des avis ; par conséquent, il ne peut être responsable que dans les limites du droit commun, c'est-à-dire, quand il s'est rendu coupable de dol, d'une faute grave, ou d'une négligence inexcusable (1382-1383) : c'est donc là une question de fait et d'appréciation (Demolombe, n° 779 ; Toullier, n° 1377).

L'individu soumis à un conseil judiciaire peut-il être tuteur? ∿ Aucun texte ne le défend ; mais il ne peut faire en cette qualité que les actes qu'il pourrait faire pour lui-même. — Oserait-on considérer, par exemple, la dation d'un conseil judiciaire comme une cause suffisante d'exclusion de la tutelle légale?

(1) Dur., n°s 803 et 804 ; Merlin, v° Prodigue ; Demolombe, n°s 701 et 702 ; — Cass., 26 janvier 1848, Dev., 1848, 1, 177 (*voy.* art. 490, quest.).

(2) Toullier, n° 1372, t. 2 ; Dur., n° 803, t. 3 ; Zach., p. 274 ; Chardon, Puiss. tut., n° 262 ; Bioche et Goujet, v° Cons. jud., n° 3.

(3) Locré, Législ. civ., t. 7, p. 347 ; Delv., p. 135, n° 1 ; Demolombe, n° 703 ; D., Interdiction, sect. 1re.

Celui qui a été nommé conseil judiciaire peut-il s'excuser dans les cas où le tuteur nommé à l'interdit aurait cette faculté ? — Pour l'affirmative, on dit que la nomination d'un conseil judiciaire est une dépendance et un diminutif de la tutelle des interdits, comme la curatelle est un diminutif de la tutelle des mineurs ; que cette pensée se révèle dans l'article 34, n° 4, Code pén., et article 34 de la loi du 30 juin 1838. — Quoi qu'il en soit, nous ne trouvons pas entre la position du conseil judiciaire et celle du tuteur une analogie telle, que toutes les dispositions du Code qui concernent l'un doivent être nécessairement appliquées à l'autre. — Ajoutons que c'est le tribunal qui nomme, et non le conseil de famille. — Il est plus vrai de considérer le conseil judiciaire comme investi d'une sorte de mandat; mandat qu'il peut refuser assurément, mais qui ne cesse que dans le cas prévu par l'article 2003, et dont il ne peut se démettre que dans le cas prévu par l'article 2007 (1).

514 — La défense de procéder sans l'assistance d'un conseil peut être provoquée par ceux qui ont droit de demander l'interdiction ; leur demande doit être instruite et jugée de la même manière.

Cette défense ne peut être levée qu'en observant les mêmes formalités.

515 — Aucun jugement, en matière d'interdiction, ou de nomination de conseil, ne pourra être rendu, soit en première instance, soit en cause d'appel, que sur les conclusions du ministère public.

= Aux termes de l'article 897 Pr., « le jugement qui prononcera la » nomination d'un conseil doit être affiché dans la forme prescrite » par l'article 501 du Code civil. »

APPENDICE AU TITRE DE L'INTERDICTION.

Loi sur les aliénés. (30 *juin* 1838.)

Le Code n'avait point prévu toutes les situations où peut se trouver une personne privée de raison : ainsi, le caractère de l'aliénation mentale peut être tel qu'il n'y ait pas lieu de prononcer l'interdiction, bien qu'on ne puisse néanmoins, sans de graves inconvénients, laisser le malade livré à lui-même. — La procédure en interdiction entraîne toujours des frais plus ou moins considérables. — Elle a l'inconvénient de divulguer l'état d'un individu, alors que la famille voudrait qu'il demeurât ignoré. — Enfin, l'épreuve de l'interrogatoire peut occasionner une surexcitation et entraîner de graves conséquences.

D'un autre côté, la société elle-même réclamait plus de garantie

(1) Demolombe, n° 710; Zach., t. 1er, p. 261 et 271; Chardon, Puiss. tut., n° 266; Merlin, Rép., v° Conseil judiciaire, n° 3.

contre les excès auxquels peuvent se porter les aliénés. Cette lacune a été comblée par la loi de 1838.

Voici quelles sont les dispositions principales de cette loi, en ce qui touche l'état des personnes. Nous n'avons pas à nous occuper de celles qui se rapportent au droit administratif.

« Chaque département est tenu d'avoir un établissement public, » spécialement destiné à recevoir et à soigner les aliénés (interdits ou » non), ou de traiter à cet effet avec un établissement public ou privé, » soit du département, soit dans un autre département. » (Art. 1er.)

Le placement est volontaire ou ordonné par l'autorité publique.

Le placement volontaire a lieu sur une demande à laquelle il faut joindre un certificat de médecin constatant l'état mental de la personne, et un passe-port ou toute autre pièce destinée à constater son individualité. (Art. 8.)

Le placement est ordonné par l'autorité publique (à Paris, par le préfet de police, et dans les départements par les préfets), lorsque le caractère de l'aliénation mentale peut compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes. (Art. 18.)

Les dépenses du service sont à la charge des aliénés; s'ils n'ont pas de moyen d'existence, à la charge de ceux qui sont tenus de leur fournir des aliments, aux termes des articles 205 et suivants (art. 27); à défaut ou en cas d'insuffisance des ressources, il est pourvu à ces dépenses par le département. (Art. 25-28.)

L'état de la personne interdite n'est pas modifié par le placement dans un établissement d'aliénés; mais le fait de ce placement soumet, pendant sa durée, les personnes non interdites à un régime de protection spéciale, semblable, sous beaucoup de rapports, à celui qui résulte de l'interdiction. (Art. 31-40.)

Des mesures sont prescrites pour que l'atteinte portée à la liberté individuelle ne se prolonge pas au delà du terme strictement nécessaire, et pour que la personne et la société ne soient point privées avant le temps de la protection dont elles peuvent avoir besoin :

Ainsi, en ce qui concerne la sortie, on distingue :

Si le placement a été volontaire, elle a lieu :

1° Sur l'ordre du préfet (art. 16);

2° Dès que les médecins de l'établissement ont déclaré sur le registre destiné à constater l'état mensuel des malades que la guérison est obtenue;

3° Même avant que les médecins aient déclaré la guérison, elle peut être obtenue sur la simple réquisition des personnes que la loi désigne (art. 14). — S'il résulte d'une opposition notifiée au chef de l'établissement, par un ayant droit, qu'il y a dissentiment, soit entre les ascendants, soit entre les descendants, le conseil de famille prononce.

Si le médecin de l'établissement est d'avis que l'état mental du malade pourrait compromettre l'ordre public et la sûreté des personnes, il en sera donné préalablement connaissance au maire, qui pourra or-

donner immédiatement un sursis provisoire à la sortie, à la charge d'en référer dans les 24 heures au préfet.

En cas de minorité ou d'interdiction, le tuteur peut seul requérir la sortie. (Art. 14.)

Lorsque le placement a été ordonné par l'autorité publique, la sortie ne doit avoir lieu que sur l'ordre du préfet. (Art. 20.)

A l'égard des personnes dont le placement aura été volontaire, s'il est reconnu que leur état s'est aggravé au point de pouvoir compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes, le préfet donne un ordre special à l'effet d'empêcher qu'elles ne sortent de l'établissement, si ce n'est pour être placées dans un autre établissement. (Art. 21.)

Dans tous les cas, que le placement ait été volontaire ou qu'il ait eu lieu d'office, la sortie peut être ordonnée par le tribunal du lieu de la situation de l'établissement, sur la demande soit de la famille elle-même, soit de son tuteur, de son curateur, de ses parents ou amis, ou de la personne qui a requis le placement, ou enfin du ministère public. (Art. 29.)

Si l'individu est mineur ou interdit, il ne peut être remis qu'aux personnes sous l'autorité desquelles il était légalement placé. (Art. 17, 13°, alinéa dernier; 14, alinéa dernier; 29, alinéa 3.)

RÉSUMÉ DU TITRE XI.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MAJORITÉ (art. 488).

La majorité est fixée à 21 ans accomplis pour l'un et l'autre sexe. — A cet âge, on est dégagé des liens de la puissance paternelle, et l'on devient capable de tous les actes de la vie civile en général.

Par exception, la minorité se prolonge jusqu'à 25 ans, lorsque le pere ou la mère sont existants, savoir : pour l'homme, lorsqu'il s'agit du mariage (148); pour les deux sexes, lorsqu'il s'agit de l'adoption (346).

Trois causes peuvent replacer les individus majeurs en état d'incapacité : l'interdiction, la nomination d'un conseil judiciaire, enfin le mariage pour les femmes. (Titre 5, chap. 6.)

Les deux premières causes doivent seules nous occuper ici.

CHAPITRE II.

DE L'INTERDICTION (art. 489-512).

Voir le sommaire (p. 544).

Causes d'interdiction (art. 489).

Elles sont au nombre de trois : l'imbécillité, la démence et la fureur.

Quelques faits isolés ne suffiraient pas : la loi exige un *état habituel ;* mais il n'est pas nécessaire que cet état soit *continue* (art. 480, p. 546). — On peut faire interdire un mineur même non émancipé comme un majeur (P. 547.)

Question. — L'état de démence au moment de la majorité ne prolonge l'incapacité qu'autant que l'interdiction a été prononcée, sauf l'application de l'article 1109. (P. 547.)

Par quelles personnes l'interdiction peut être provoquée (art. 490).

Il ne s'agit pas ici d'un droit, mais d'un devoir de famille: aussi, la loi accorde-t-elle l'exercice de l'action à tout parent, quels que soient sa ligne ou son degré.—Le conjoint est placé, sous ce rapport, sur la même ligne que les parents : toutefois, la femme devrait se faire autoriser par justice. — Quant aux alliés, ils sont non recevables.

Le ministère public est tenu d'agir en cas de *fureur;*—dans les deux cas de démence ou d'imbécillité, ce n'est là pour lui qu'une faculté ; encore ne doit-il en user qu'à défaut de parents connus ou de conjoint (art. 491).

Questions. — Si les poursuites en interdiction intentées par l'un des parents ont été rejetées, un autre parent ne peut les renouveler en se fondant sur les mêmes faits. (P. 548)

Tout parent peut intervenir dans l'instance engagée. (P. 549.)

On ne peut poursuivre soi-même son interdiction. (P. 549.)

Procédure en interdiction (art. 492).

Voy. le sommaire (p. 550 et suiv.).

La demande est formée contre la personne elle-même.—Le tribunal compétent est celui du domicile de cette personne (art. 492).

Ceux qui ont provoqué l'interdiction ne peuvent faire partie du conseil de famille appelé à donner son avis : par exception, le conjoint et les enfants y sont admis, mais seulement avec voix consultative (art. 495) (P. 553.)

Questions. — Les enfants et le conjoint sont membres *nécessaires* du conseil de famille lorsqu'ils n'ont pas provoqué l'interdiction. (P. 554.)

En ce cas, ils ont même voix délibérative. (P. 554.)

Une fois l'interdiction prononcée, rien ne s'oppose à ce que le parent ou l'époux demandeur en interdiction soit admis au conseil de famille avec voix délibérative. (P. 554.)

Le tribunal peut, après avoir reçu l'avis de la famille, rejeter la demande, bien que le conseil de famille se soit prononcé pour l'interdiction, toutefois, après avoir interrogé le défendeur. (P. 555.)

Après le premier interrogatoire, le tribunal commet, s'il y a lieu, un administrateur provisoire pour prendre soin, jusqu'au jugement définitif, de la personne et des biens du défendeur. — Cet administrateur n'est point tuteur, mais comptable judiciaire. — Trois circonstances mettent fin à ses fonctions : le rejet de la demande, le décès du défendeur, l'interdiction prononcée (art. 497, p. 555).

Le jugement, quel que soit le résultat, doit être rendu en audience publique (art. 498). (P. 556)

Le tribunal n'est pas dans l'alternative d'admettre ou de rejeter purement et simplement la demande; il peut nommer au défendeur un *conseil judiciaire*. — On pense généralement que la nomination d'un conseil, fondée sur l'affaiblissement ou sur le dérangement des facultés intellectuelles, peut faire l'objet principal d'une demande (art. 499, p. 557), et que cette demande peut même être formulée pour la première fois en appel.

Le jugement doit recevoir la plus grande publicité; car les effets de l'interdiction datent *du jour* où il a été rendu (art. 501). Du reste, cette publicité n'est prescrite que dans l'intérêt des tiers: en ce qui concerne l'interdit, elle n'a point d'objet (art. 501, p. 559).

EFFETS DE L'INTERDICTION.

De l'administration de la personne et des biens de l'interdit.

La loi déclare que l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens (art. 509) —Mais cette règle n'est point parfaitement exacte; car l'incapacité de l'un est plus absolue que celle de l'autre (p. 560) : l'assimilation ne s'applique réellement qu'au mécanisme de l'administration, et aux actes qui rentrent dans les attributions du tuteur. (P. 560.)

Il faut même observer que la tutelle, en matière d'interdiction, n'est jamais testamentaire, et qu'elle n'est légitime que dans le cas prévu par l'article 506 (P. 560). — En règle générale, le tuteur est toujours datif (art. 505, p. 561).

Question. — Régulièrement, le tuteur et le subrogé tuteur ne doivent être nommés qu'après l'expiration des délais d'appel. (P. 562).

Le mari, disons-nous, est de droit tuteur de sa femme interdite (art. 506, p. 562); l'autorité tutélaire se confond alors avec la puissance maritale. — Toutefois, on observe qu'il acquiert comme tuteur des droits qu'il n'avait pas comme mari; car, d'une part, il peut placer sa femme soit dans un hospice, soit dans une maison de santé; d'autre part, il prend l'administration des biens qu'elle s'était réservés propres. (P. 560 et 562)

Quant à la femme, elle *peut* être nommée tutrice de son mari interdit. — Mais alors quelle est sa position? Comme femme *mariée*, elle ne devient ni plus ni moins capable, car la puissance maritale n'est point détruite: assurément, elle prend l'administration de ses propres,

puisque c'est là un effet de la tutelle dont elle se trouve investie; mais elle ne pourrait, sans l'*autorisation du tribunal*, faire aucun acte qui excéderait cette limite. — Comme *tutrice*, elle se trouve chargée de l'administration de la personne et des biens de son mari, et, par conséquent, de la communauté conjugale. S'il s'agissait d'aliéner ou d'emprunter, à ce titre, elle devrait observer les règles ordinaires de la tutelle; par conséquent, ce serait l'autorisation du conseil de famille qu'elle devrait obtenir, et non celle du tribunal (art. 507, p. 563).

Comme la femme n'a que rarement l'expérience des affaires, le conseil de famille doit régler les *formes* et les *conditions* de son administration, sauf ensuite à elle à recourir devant les tribunaux, si elle se croit lésée. (P. 564.)

Si le conseil de famille confie la tutelle à un tiers, ce tiers prend l'administration de la personne et des biens du mari, et par conséquent de ceux de la communauté. (P. 564.)

Mais, dans tous les cas, la femme prend l'exercice de la puissance paternelle, et dirige l'intérieur du ménage. (P. 564.)

Question. — De ce que le conseil de famille règle la forme et les conditions de l'administration tutélaire conférée à la femme, il ne s'ensuit pas qu'il puisse lui conférer des droits qui n'appartiennent point à un tuteur ordinaire. (P. 564.)

Les vues d'économie, qui dominent principalement quand il s'agit de l'administration des biens du mineur, ne sont pas aussi rigoureusement observées quand il s'agit des biens de l'interdit : il lui importe moins, en effet, d'augmenter, ou même de conserver une fortune dont il ne peut jouir que de recouvrer la raison.

Il appartient au conseil de famille de fixer la dépense annuelle de l'interdit, et même de déterminer le lieu où il recevra des soins (art. 510, p. 565).

La sollicitude de la loi s'est étendue sur les enfants : une disposition spéciale règle les mesures à prendre lorsqu'il s'agit de leur établissement par mariage (art. 511, p. 565).

La durée de la tutelle, en matière d'interdiction, est limitée à dix années en faveur de l'*étranger* ou du parent *collatéral* : cette faveur est refusée à l'époux, aux ascendants et aux descendants (art. 508, p. 577).

Actes faits par l'interdit depuis le jugement d'interdiction.

Les actes faits par l'interdit depuis le jugement d'interdiction ou de nomination d'un conseil judiciaire (à l'égard des actes pour lesquels l'assistance du conseil est requise, bien entendu) *sont nuls de droit*, c'est-à-dire, *annulables* devant la preuve qu'ils sont postérieurs au jugement. — La nullité peut être couverte; elle n'est même plus recevable après l'expiration de dix années depuis la mainlevée du jugement. (P. 567.)

Quant aux actes *antérieurs*, on distingue : si le tribunal s'est borné à nommer un conseil, ils sont valables; s'il a prononcé l'interdiction

ils *peuvent* être annulés : mais il faut, dans ce dernier cas, que la cause de l'interdiction ait existé *notoirement* à l'époque où les actes ont été faits; le tout sans préjudice de l'action ouverte en vertu de l'article 1109. (P. 569.)

Questions. — L'individu qui était en état de démence *notoire* au moment où il a souscrit l'acte, et qui a recouvré la raison avant que son interdiction ait été prononcée, peut, en se fondant sur la notoriété de son état, demander la nullité de cet acte. (P. 570.)

L'incapacité résultant de l'interdiction est complète; elle s'étend, sans aucune distinction, à tous les actes de la vie civile. (P. 570.)

L'action se prescrit par dix ans; le délai court du jour où l'interdiction a été levée. (P. 571.)

Les héritiers ne sont point recevables à demander la nullité des actes *à titre onéreux* (art. 504) faits par leur auteur non interdit, en se fondant uniquement sur ce que la date de ces actes remonte à une époque où il se trouvait dans un cas notoire d'interdiction.—Le législateur a voulu les punir de leur insouciance. (P. 572.)

Cette règle souffre exception : 1° lorsque l'interdiction a été sinon prononcée, du moins provoquée de son vivant; 2° lorsque l'acte a été souscrit par une personne placée dans un établissement d'aliénés ; 3° lorsque la preuve de la démence résulte de l'acte même qui est attaqué : dans ce dernier cas, l'acte peut être déclaré nul, non-seulement pendant dix ans, mais encore à toute époque, puisqu'il n'y a rien.

L'article 504 suppose évidemment qu'il s'agit d'un *acte à titre onéreux*.—Les mêmes conditions ne sont pas prescrites pour la nullité des actes à titre gratuit. (P. 573.)

Qustion. — Si le défunt n'a eu que des accès momentanés, ses héritiers ne sont point recevables à invoquer le bénéfice de l'article 504 ; mais ils peuvent toujours se prévaloir du bénéfice de l'article 1109. (P. 573.)

Quelles causes font cesser l'état d'interdiction (art. 512).

L'interdiction ne cesse que par un jugement de mainlevée. — Le tribunal compétent est celui qui a prononcé l'interdiction.—La procédure à suivre est la même.

Si le jugement ne donne pas mainlevée pure et simple, mais place l'interdit sous l'assistance d'un conseil, il y a lieu de remplir les formes prescrites par l'article 501. (P. 575.)

Question. — La demande en mainlevée ne peut être formée que par l'interdit lui-même. (P. 575.)

CHAPITRE III.

DU CONSEIL JUDICIAIRE (513-515).

Voy. le sommaire (p. 576).

La nomination d'un conseil judiciaire peut avoir lieu dans deux cas : 1° lorsque l'individu est faible d'esprit, ou incapable, à raison de quelque infirmité qui n'exclut pas l'intelligence, de prendre soin de ses affaires ; 2° pour cause de prodigalité. — Les effets de cette nomination sont identiques dans l'un et l'autre cas. (P. 578.)

La loi ne pouvait déterminer les caractères de la prodigalité : elle s'en remet à l'appréciation des tribunaux. (P. 578.)

Le conseil judiciaire est toujours nommé par le tribunal, jamais par la famille ; — la procédure à suivre est celle que l'on observe pour faire prononcer l'interdiction.

Nous pensons qu'on ne peut charger de cette mission qu'une seule personne. (P. 578.)

L'individu soumis à un conseil peut faire en général tous actes civils; son incapacité n'est qu'une exception : la loi prend soin de déterminer les actes qu'elle entend lui interdire. (P. 578-580.) — Les actes faits sans assistance, lorsqu'elle est prescrite, sont annulables. La nullité peut se couvrir par la ratification ; notamment, par le silence gardé pendant dix années depuis la mainlevée du jugement. (P. 583.)

Quant aux actes antérieurs à la nomination du conseil, nous avons vu qu'ils sont inattaquables, même sous prétexte que la prodigalité existait notoirement. (*V.* p. 569 et 583.)

Régulièrement, le conseil doit figurer dans l'acte même.—Toutefois, dans la pratique, il exprime ordinairement son avis par écrit séparé : mais il faut que cet écrit soit antérieur à l'acte qu'il s'agit d'autoriser, qu'il soit annexé à cet acte, et qu'il soit spécial. (P. 582.)

Si le conseil refuse son concours, le prodigue ou le faible d'esprit peut en référer au tribunal. — Si c'est le prodigue qui refuse d'agir, il n'existe aucun moyen de l'y contraindre. (P. 581.)

Pour obtenir mainlevée du jugement qui nomme un conseil, on observe les formes voulues pour la nomination. Le tribunal compétent est celui du domicile du prodigue. (P. 584.)

Questions. — Nul ne peut demander à être pourvu d'un conseil. (P. 582.)

Le ministère public peut faire nommer un conseil à celui qui n'a ni parents connus ni conjoint. On applique ici la règle établie par l'article 491 pour le cas d'interdiction. (P. 583.)

Les actes passés par le prodigue durant l'instance sont valables en principe. (P. 583.)

Le conseil n'est pas responsable des conséquences de ses avis. (P. 583.)

L'individu soumis à un conseil judiciaire peut être tuteur. (P. 583.)

APPENDICE. — Loi du 30 juin 1838 sur les aliénés. (*V.* p. 585.)

LIVRE II.

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ.

Après avoir exposé dans le livre précédent les règles qui concernent principalement les personnes, la loi s'occupe des *biens*.

Fixons-nous d'abord sur la signification propre de ces mots : *choses* et *biens*.

Le mot *chose* est générique ; il désigne tout ce qui existe dans la nature, même ce qui n'est pas susceptible de tomber dans le domaine de l'homme ; par exemple, l'air, les astres, etc.

Le mot *bien* a un sens plus restreint : il exprime ce qui peut être l'objet d'une propriété publique ou privée ; ce qui peut contribuer au bien être matériel ou moral de l'homme, pris individuellement.

Cela posé, on doit considérer comme biens : 1° toutes les choses *quæ tangi possunt* ; — 2° les droits, c'est-à-dire, les liens civils qui unissent les choses à celui qui en a la propriété, ou qui peut exiger qu'on le rende propriétaire ; — 3° enfin, les rapports moraux, quoiqu'ils ne soient point par eux-mêmes appréciables à prix d'argent : nous donnerons pour exemple les liens entre époux, entre ascendants et descendants, l'honneur, la réputation, la considération : ce sont là des biens, car ils constituent l'existence de l'homme dans la vie sociale, et donnent lieu, en certains cas, à des dommages-intérêts, même à l'exercice d'une action publique.

Quoi qu'il en soit, il ne peut être question dans ce livre que des choses appréciables, c'est-à-dire, des biens qui sont susceptibles d'être relatés dans un inventaire.

Le patrimoine d'une personne se compose de l'utilité collective que ses biens sont susceptibles de procurer.

Le patrimoine est donc une universalité de biens, un ensemble juridique.

Comme la loi ne s'occupe des choses qu'autant qu'elles peuvent entrer dans le domaine de l'homme, on emploie indistinctement, dans le langage du droit, les mots *choses* et *biens*.

Ce livre renferme 4 titres : le premier traite de la distinction des biens ; les trois autres déterminent les divers droits que l'on peut acquérir.

TITRE PREMIER.

DE LA DISTINCTION DES BIENS.

La loi considère les biens sous deux points de vue : 1o en eux-mêmes, d'après leur nature constitutive (chap. 1 et 2);—2o dans leurs rapports avec les personnes (chap. 3).

Les biens, considérés sous ce dernier point de vue, sont l'objet de plusieurs divisions admises par la doctrine; quelques-unes sont consacrées par la loi elle-même. Nous croyons utile de les réunir au commencement de ce titre, sauf ensuite à revenir sur chacune d'elles lorsque nous examinerons les règles qui s'y réfèrent spécialement.

Les biens sont *corporels* ou *incorporels* : *corporels*, lorsqu'ils ont une existence matérielle, comme une maison, un cheval;

Incorporels, lorsqu'ils ne consistent que dans un droit, lorsqu'ils n'ont qu'une existence intellectuelle (1).

Les biens corporels sont *meubles* ou *immeubles*.

Les biens meubles sont ceux qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit par eux-mêmes, comme les êtres animés; soit par l'effet d'une force étrangère, comme les corps inanimés.

On comprend sous le nom d'*immeubles*, les fonds de terre, tout ce qui s'y trouve incorporé, et qui n'en peut être séparé sans dégradation, ainsi que les objets mobiliers placés sur un fonds à perpétuelle demeure (*voy* art. 517).

Les biens incorporels ne sont par eux-mêmes ni meubles ni immeubles; néanmoins, comme toutes les choses que l'on peut acquérir sont rangées dans l'une de ces deux grandes catégories, le législateur a cru devoir y comprendre les biens incorporels, en attribuant à ces biens, par sa force créatrice, une nature mobilière ou immobilière, suivant que l'objet auquel ils s'appliquent est meuble ou immeuble.

Les biens sont *principaux* ou *accessoires* : la chose principale est celle à laquelle l'autre n'est attachée que pour augmenter les avantages qu'elle procure, ou comme ornement.—Les choses accessoires sont celles que l'on doit considérer comme le complément d'une autre. — Cette distinction est donc fondée sur la relation intime qui peut exister entre deux choses dont l'une est destinée à suivre le sort et la condition

(1) Cette dénomination de *biens* ou de *choses*, donnée à une faculté, à un droit, à une abstraction, est vivement critiquée : quand l'objet est caractérisé, disent quelques auteurs, à quoi bon caractériser le droit? Ainsi, les servitudes, étant une qualité du fonds, ne peuvent être séparées du fonds. — Ainsi, l'action n'est autre chose que le droit de propriété en exercice devant la justice. — Cette observation est juste lorsqu'il s'agit de la propriété d'une chose corporelle; comme le droit absorbe alors toute l'utilité que la chose procure, on peut prétendre qu'il représente cette chose et l'envisager en quelque sorte comme constituant un droit corporel.— Mais il en est autrement lorsque le droit est personnel, ou lorsque le droit, bien que réel, n'absorbe pas toute l'utilité de la chose. Alors, on n'est plus fondé à dire que le droit est représenté matériellement par cet objet.

de l'autre : *Accessorium sequitur principale.* Elle se rattache au droit de propriété. (*Voyez* tit. 2.)

Enfin, les biens sont *fongibles* ou *non fongibles :* cette division ne résulte pas du texte; néanmoins, elle a son importance en matière d'*usufruit* (587), de *compensation* (1291) et de *prêt* (1892).

516 — Tous les biens sont meubles ou immeubles.

= Dans une foule de circonstances, il importe de distinguer les meubles des immeubles : par exemple, les meubles que les époux possèdent au jour de la célébration de leur mariage tombent dans la communauté conjugale ; les immeubles n'y tombent pas (1401-1404). — Les immeubles peuvent être grevés d'hypothèques; les meubles n'en sont pas susceptibles (2118-2119).—Les formes de la saisie mobilière ne sont pas les mêmes que celles de la saisie immobilière. — Tel peut aliéner ses meubles qui ne peut aliéner ses immeubles (484, 513, 1538, 1576).—La revendication des immeubles est admise ; on ne peut revendiquer les meubles, à moins qu'ils n'aient été perdus ou volés (2219).—La vente des immeubles peut être rescindée pour cause de lésion de plus des sept douzièmes (1672) ; la lésion ne donne pas lieu à la rescision de la vente d'un meuble. — Enfin, il peut arriver qu'une personne lègue tous ses meubles ou tous ses immeubles.

Il est certains meubles que les lois permettent d'immobiliser sous certaines conditions : telles sont les rentes sur l'État, les actions de la banque de France, et celles de la compagnie des canaux de Loing et d'Orléans (1).

Nous verrons qu'en certains cas la loi considère la même chose tantôt comme meuble, tantôt comme immeuble (art. 528) ; ce qui a lieu pour les récoltes et pour les choses dites immeubles par destination (2). — Nous verrons en outre que les parties elles-mêmes ont la faculté d'attribuer, par contrat de mariage, la qualité de meubles à des immeubles, *aut vice versa.* Toutefois, cet ameublissement ou cette immobilisation ne produit d'effet qu'à l'égard des époux : vis-à-vis des tiers, la chose conserve son caractère propre (1500, 1510).

— Les obligations de faire sont-elles meubles ou immeubles ? ⇝ Elles prennent le caractère de la chose qui en est l'objet : ainsi, elles sont meubles, s'il s'agit de faire ou de conserver un objet mobilier ; immeubles, si elles s'appliquent à un immeuble, et cela quand même il y aurait lieu d'appliquer l'art. 1141 relatif aux dommages-intérêts, car ce ne sont pas les dommages-intérêts qui sont dus principalement : la loi ne dit pas que les obligations de faire consistent dans des dommages-intérêts.

(1) Décrets du 16 janvier 1808, du 1er mars 1808, du 3 mars et du 16 mars 1810.
(2) Cass., 22 mars 1833, Dev. Pal.

CHAPITRE Ier.

DES IMMEUBLES (1).

Le Code reconnaît trois classes d'immeubles (517) :

1° Les immeubles par leur nature (518, 519, 520, 521, 523) ;
2° Les immeubles par destination (522-525) ;
3° Les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent (526).

517 — Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.

= Les textes qui vont nous occuper sont, avec raison, critiqués par quelques auteurs: et, d'abord, observons que la qualification d'immeubles *par destination* manque d'exactitude: en effet, certaines choses se trouvent immobilisées, bien qu'elles n'aient pas été *destinées* au service de l'immeuble: ainsi, les pigeons qui abandonnent le colombier d'un propriétaire voisin pour venir dans le mien, les lapins d'une garenne voisine qui viennent peupler celle qui se trouve sur mon fonds, n'étaient pas destinés à mon pigeonnier, à ma garenne, et cependant, ils se trouvent parmi les biens auxquels l'article 524 donne ce caractère.—On dit, il est vrai, pour pallier cette imperfection du texte, que si les lapins et les pigeons n'étaient pas destinés à la garenne ou au colombier, la garenne et le colombier étaient néanmoins destinés à les recevoir; mais ce raisonnement est illogique : le principe de la destination doit tomber sur la chose qu'il s'agit de caractériser, et non sur celle dont elle doit devenir l'accessoire.

D'un autre côté, pourquoi comprendre les lapins des garennes, les ruches à miel, les poissons des étangs, les pigeons des colombiers, parmi les objets mobiliers qui ne deviennent immeubles qu'autant qu'ils ont été placés sur le fonds par le propriétaire? ne sont-ils pas immobilisés par le seul effet de l'accession, en vertu de la règle *Accessorium sequitur principale?* Qu'ils aient été placés sur le fonds par un tiers ou par le propriétaire, peu importe dès lors.

La qualification d'immeubles *par destination* est impropre, comme on le voit, puisqu'elle n'embrasse pas tous les cas: il eût été plus vrai d'employer celle-ci : *immeubles par accession.*

Ce ne sont là, au surplus, que des imperfections de texte; mais voici qui est plus grave : les articles 518, 519 et 524 consacrent des inconséquences:

Les deux premiers déclarent *immeubles par leur nature*, les fonds de terre, les bâtiments, les moulins fixés sur piliers, et par suite tout ce qui s'y trouve incorporé; puis, le troisième qualifie d'immeubles *par destination* les pressoirs, fourneaux, cuves, chaudières, etc., sans faire

(1) *Immobilis:* ce qui s'applique notamment aux choses qui adhèrent au sol et qui n'en peuvent être détachés sans changer de nature.

exception pour le cas où ces objets seraient scellés en plâtre, à chaux ou à ciment dans les gros murs, et ne pourraient en être détachés sans être fracturés ou détériorés, ou sans détériorer le fonds. — Il semble même résulter de la place que l'article 523 occupe, entre deux articles relatifs aux immeubles par destination, que les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage sont eux-mêmes immeubles par destination ; ce qu'on ne saurait admettre.

Notre ancienne jurisprudence, beaucoup plus logique, ne reconnaissait que deux classes d'immeubles : les immeubles par leur nature et les immeubles par accession ; elle comprenait dans la première catégorie le sol et ses produits, et dans la deuxième, les objets placés sur le fonds par la main de l'homme. — Cette division embrassait tous les cas; il est à regretter qu'elle n'ait point passé dans nos lois ; en cherchant la précision, les auteurs du Code nous ont jetés dans le chaos. Quoi qu'il en soit, il faut accepter l'innovation qu'ils ont introduite, et puiser dans quelques données théoriques les lumières qu'ils nous ont refusées.

Au surplus, cette division n'a point d'importance pratique. Il importe peu de savoir si une chose immobilière est telle par sa nature, par destination ou comme accessoire du fonds : les meubles immobilisés ne peuvent être saisis mobilièrement; ils sont compris dans la disposition de la chose principale; ils sont atteints par la même saisie; ils suivent, en un mot, le sort du fonds.

Immeubles par leur nature.

518 — Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature (1).

=Les fonds de terre et leurs produits sont en réalité les seuls biens qui aient le caractère d'immeubles par leur nature; les constructions ne deviennent tels que par l'effet de leur incorporation au sol et en vertu de la règle : *Quod solo inædificatur, solo cedit* (552).

Quant aux bâtiments dont la base n'est pas scellée en maçonnerie dans le sol, qui ne sont élevés que pour un usage momentané, sans fondement ni pilotis, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une baraque construite pour une fête dans un jardin, ou sur une place publique, ils ne prennent pas la qualité d'immeubles ; on les considère comme un assemblage d'objets mobiliers (2).

Ici s'élèvent deux questions sur lesquelles il importe de se fixer, pour bien saisir l'esprit de notre texte :

L'incorporation au sol à *perpétuelle demeure* est-elle une condition

(1) Sont également immeubles par leur nature, les mines, minières et carrières, et en général tous les minéraux renfermés dans le sein de la terre ; mais ils deviennent meubles par l'extraction (loi du 21 avril 1808, art. 8 et 9).

(2) Dur., nos 19 et 20; Troplong, Hyp., nos 398 et 399; — Grenoble, 2 janvier 1827, Dev. Pal.

de l'immobilisation d'un bâtiment? Toullier, t. 2, p. 144, se prononce pour l'affirmative : Pour qu'une chose incorporée au sol devienne immeuble, dit cet auteur, il faut que l'*intention* du constructeur soit jointe au fait; la pensée du législateur à cet égard, nous est suffisamment révélée par les termes de l'art. 524, *in fine :* ainsi, l'enseigne placée au-dessus d'un magasin et scellée dans le mur, la plaque de cuivre clouée à une porte, pour indiquer la profession de celui qui habite la maison ou l'appartement, se trouvent médiatement unies au sol; et cependant, ces objets restent meubles, nul ne le conteste : pourquoi? parce qu'ils ne sont point destinés à y rester à perpétuelle demeure. — N'est-ce point là faire aux immeubles par leur nature l'application d'une règle établie seulement pour les immeubles par destination? Sans doute, lorsqu'il s'agit de ces derniers biens, il faut rechercher l'intention, car la loi est formelle; mais l'article 518 ne contient rien de semblable : loin de là, nous voyons qu'il s'attache uniquement, pour fixer le caractère des bâtiments, au fait d'incorporation. Les exemples rapportés plus haut n'ont rien de péremptoire : sans doute une enseigne ou une plaque de cuivre restent meubles, bien que ces objets adhèrent au bâtiment : mais pourquoi? parce qu'ils n'en font point partie, parce qu'ils n'en sont pas une dépendance nécessaire. — Supposons qu'ayant le projet de faire construire une usine, je me sois borné à élever provisoirement quelques baraques scellées dans le sol, afin de pouvoir exercer mon industrie pendant le temps que dureront les travaux de construction : soutiendra-t-on que ces baraques sont meubles? Certes, les tribunaux n'admettraient pas cette prétention.

Restreignons donc les règles du Code aux hypothèses qu'elles concernent : il est dangereux de les étendre d'un cas à un autre, surtout dans une matière comme celle qui nous occupe, où il s'agit de préciser le caractère des choses. (Dalloz, Dist. des biens, p. 193.) — Tenons pour principe que l'on doit réputer immeubles par leur nature toutes constructions; ce qui doit s'entendre de travaux qui ont des fondations, ou qui font corps avec le sol.

Mais faut-il du moins, pour que les bâtiments soient immeubles par leur nature, qu'ils aient été construits par le propriétaire du sol? Cette question est plus grave que la précédente; elle divise les auteurs et la jurisprudence : d'une part, on raisonne ainsi : un bâtiment n'est immeuble que comme accessoire du fonds; dès lors, on ne peut considérer comme tel celui qui a été construit par un autre que le propriétaire, car ce tiers s'est tacitement réservé la faculté d'enlever les matériaux : d'ailleurs la présomption de perpétuelle incorporation au sol est indispensable pour qu'un bâtiment prenne le caractère d'immeuble par sa nature; or, cette présomption n'existe pas lorsqu'un tiers a construit sur le terrain d'autrui (1).—Ainsi, dans ce système, le moulin bâti par l'usufruitier sur le fonds soumis à l'usufruit est meuble; il

(1) Delv., p. 140, nº 4; Rigaud et Championnière, Enreg., nos 3175 et suiv.; — Grenoble, 2 janvier 1827, Dev. Pal.; Lyon, 14 janvier 1832, Pal.; Trib. de la Seine, 4 janvier 1840; Dal., Dist. des biens, p. 193.

tombe en conséquence dans la communauté qui peut exister entre l'usufruitier et sa femme (1401).

Mais cette doctrine est condamnée par les articles 518, 552 et 555 : le premier déclare immeubles par leur nature les bâtiments, sans distinguer s'ils ont été construits par le propriétaire du sol ou par un tiers. Pour créer une exception à cette règle absolue, il faudrait un texte formel ; ce texte n'existe pas. — Il est inexact de dire qu'un bâtiment ne devient immeuble qu'autant qu'il appartient au propriétaire du fonds : on peut fort bien vendre la superficie et se réserver le terrain ; en ce cas, l'édifice et le terrain forment deux propriétés distinctes ; seulement la jouissance du terrain devra se réunir à la nue propriété, lorsque l'édifice tombera en ruine par vétusté ou par accident.— Le tiers qui a construit s'est réservé, dit-on, la faculté de démolir et d'enlever ses matériaux : nous nions qu'il ait ce droit ; puisqu'aux termes de l'article 552, la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, il est clair que les constructions appartiennent au propriétaire du terrain, sauf ensuite l'application de l'article 555.—Sans doute, le constructeur aura par suite un droit mobilier ; car il sera tenu, ou de recevoir une indemnité, ou d'enlever les matériaux, suivant le parti que le propriétaire du sol pourra prendre : mais il n'est pas moins vrai que ce bâtiment, pendant sa durée, est immeuble même à l'égard du constructeur, tant qu'il en jouit (1).

519 — Les moulins à vent ou à eau, fixés sur piliers *et* (2) faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature.

= La double condition que les moulins soient fixés sur piliers *et* qu'ils fassent partie du bâtiment, n'est point nécessaire, comme on pourrait le penser, si l'on s'en tenait aux termes du texte ; évidemment, l'une de ces deux conditions suffit : par exemple, il est manifeste qu'un moulin à vent, construit sur un socle en maçonnerie, est immeuble comme inhérent au sol, quoique séparé de la maison d'exploitation ; et, d'un autre côté, que le moulin faisant partie d'un bâtiment est immeuble, par cela seul, comme le bâtiment lui-même.

Cette interprétation, du reste, est confirmée par l'article 531, lequel déclare meubles toutes usines non fixées par des piliers, *et* ne faisant point partie du bâtiment ; d'où la conséquence que si l'une de ces circonstances se rencontre, l'usine est immeuble (3). (Pothier, Communauté, n° 37.)

Les moulins à eau sont immeubles, lors même qu'ils se trouvent, en vertu d'une autorisation de l'autorité, sur une rivière navigable ou flot-

(1) Cass., 18 novembre 1835, 2 février 1842, Dev., 1842, 1, 101; Pal., 1842, 1, 172; 3 juillet 1844, Dev., 1844, 1, 682; Pal., 1844, 2, 351; 1er juillet 1845; Caen, 3 avril 1824, Dev. Pal.; Cass., 26 août 1844, Dev., 1844, 1, 708; Pal., 1844, 2, 596; — Dalloz, Dist. des biens, p. 193 et suiv.; — Douai, 19 juillet 1844, Dev., 1844, 2, 554; Poitiers, 22 mars 1848, Dal., 1850, 2, 46.

(2) Lisez : *ou*.

(3) Dur., n° 22, t. 4; Toullier, t. 2, p. 145; Dal., n° 29.

table : cette autorisation, accordée pour un certain temps, équivaut à une concession de la superficie ; or, la superficie, qui est une chose immobilière, communique son caractère aux meubles qui s'y trouvent incorporés.

Qu'on ne dise pas que ces moulins doivent appartenir à l'État, conformément à la règle de l'article 518: déjà nous avons eu occasion de faire remarquer (*voyez* l'article précédent) qu'on peut être propriétaire d'un bâtiment (654) sans l'être du sol. (Dur., nº 24; Dal., nº 92.)

Quelle est l'utilité de cette disposition? Au premier abord, elle paraît nulle, en présence de l'article 518, lequel déclare immeubles par leur nature tous les bâtiments incorporés au sol. — Le législateur avait sans doute en vue de modifier les règles de l'ancienne jurisprudence : autrefois, la perpétuité était une condition de l'immobilisation des moulins: on ne considérait pas comme suffisant pour l'opérer le fait de fixation au sol par des piliers ; il fallait que les travaux fussent faits par le propriétaire du sol, nul n'étant présumé vouloir donner. — Par suite, on décidait que le détenteur à titre précaire, par exemple, l'usufruitier, le locataire, le fermier, pouvaient détruire, en quittant les lieux, les moulins qu'ils avaient élevés, et que ces constructions, même pendant la durée de leur jouissance, étaient, par rapport à eux, des choses mobilières : l'article 519 a eu pour but de prévenir le retour à cette idée.

Aujourd'hui, les bâtiments sont immobilisés sans distinction, par le seul fait de leur incorporation au sol, conformément à la règle : *Quod solo inædificatur solo cedit ;* sauf ensuite au propriétaire, lorsque ces travaux ont été faits par un tiers, à user du bénéfice de l'art 555 (1).

523 — Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage, sont immeubles et font partie du fonds auquel ils sont attachés (2).

= Les tuyaux dont il est ici question n'ont rien de commun avec les conduits que les maraîchers placent dans leurs jardins pour faciliter l'arrosement, et qui peuvent être enlevés sans inconvénient; il s'agit des tuyaux que l'on fixe à grands frais, soit dans les bâtiments, soit dans l'intérieur du sol: ces objets sont immeubles par leur nature, qu'ils aient été placés sur le fonds par le propriétaire ou par un tiers ; il y a même raison que pour les moulins : en conséquence, ils suivent le sort du fonds dans tous les cas.

520 — Les récoltes pendantes par les racines, et les fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles.

(1) Zach. p. 339; — Cass., 25 février 1824, Dev. Pal. *Voy.* cep. Delv., p. 140, nº 4.

(2) Mauvaise rédaction; il faut lire : *auquel ils sont utiles :* en effet, ce n'est point le fait d'incorporation, mais l'utilité principale que l'on considère pour déterminer le propriétaire de ces tuyaux. Le propriétaire voisin ne peut prétendre que les tuyaux lui appartiennent, par cela seul qu'ils traversent son fonds.

Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles.

Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble.

=Tous les produits de la terre, quels qu'ils soient, fruits, récoltes, bois, arbustes, pierres, métaux et autres substances, sont immeubles par leur nature, tant qu'ils sont adhérents au sol; mais ils deviennent meubles à mesure qu'ils en sont détachés, par le seul fait de cette séparation, même avant leur enlèvement; car ils acquièrent alors une existence isolée : ce changement est immédiat.

Le législateur a cru devoir formuler expressément cette règle à l'égard des moissons et des coupes de bois ; car dans plusieurs coutumes, notamment dans l'Artois, les produits de la terre étaient réputés meubles avant même d'avoir été séparés du sol, dès que l'époque de la moisson était arrivée, et quelquefois même dès que les produits paraissaient suffisamment formés, bien qu'ils fussent encore verts : aujourd'hui, nous le répétons, la mobilisation ne s'opère que par la séparation effective du sol; telle est la règle générale.—Nous trouverons l'application de cette règle dans plusieurs cas : ainsi, en matière d'usufruit, la loi déclare que les fruits pendants par branches ou par racines au moment où le droit s'ouvre, appartiennent à l'usufruitier, et que ceux qui se trouvent dans le même état au moment où le droit s'éteint, appartiennent au propriétaire (art. 585; *voy.* en outre les articles 1401, 1530, 1383, 1769, 1771 Code civ.; 689-691 Pr.).

Par une espèce de fiction, fondée tant sur l'intérêt du propriétaire que sur celui des tiers, la loi permet de considérer, en certains cas, les produits comme meubles, bien qu'ils soient adhérents au sol : ainsi, les ventes de récoltes sur pied sont des ventes de meubles (1): l'acheteur acquiert des immeubles sans doute, mais sous la condition et avec le droit de les mobiliser : son droit a réellement pour objet *aliquid mobile.* — Ainsi, le droit du fermier est purement mobilier, parce qu'il n'a pour objet que la perception des récoltes. — Ainsi, dans les six semaines qui précèdent l'époque ordinaire de leur maturité, les fruits pendants par racines peuvent être frappés de saisie-brandon, sorte de saisie mobilière (art. 626 Pr.) (2).—Ainsi, les créanciers qui saisiraient l'immeuble ne pourraient s'opposer à l'exécution d'un bail ayant date certaine, que leur débiteur aurait consenti; sauf à eux à pratiquer une saisie-arrêt entre les mains du fermier ou du locataire, s'il est encore débiteur du prix (885 Pr., revisé par la loi du 2 juin 1841).

(1) Malleville, t. 2, p. 8; Delv., p. 140, no 5; Toullier, t. 3, p. 15; Dur., t. 4, p. 40; Merlin, vo Meuble, § 8, art. 7; Troplong, Vente, t. 1er, no 352; — Cass., 10 vendémiaire an XIV, 26 janvier 1808, 25 février 1812, 3 octobre 1813, 24 mai 1815, 29 mars 1816, 8 mars 1820, 21 juin 1820, 28 mai 1806, 8 septembre 1813, 21 mars 1820, 19 janvier 1827, Dev. Pal.; Dalloz, Biens, nos 33 et suiv.

(2) Lettre du grand juge, 11 prairial an XI; — Dijon, 17 messidor an XIII, Dev. Pal.; Dal., no 34.

Nous parlons seulement du fermier, de l'acquéreur, des créanciers, des tiers, en un mot, qui ne prétendent qu'aux fruits : l'usufruitier et l'usager ne se trouvent pas dans la même position ; car ils jouissent comme le propriétaire : à leur égard, les fruits pendants par branches ou par racines sont donc immeubles ; mais, vis-à-vis de leurs créanciers, de même que vis-à-vis de ceux du propriétaire, ils sont meubles, et peuvent être saisis comme tels.

La règle que nous venons d'exposer s'applique uniquement aux choses qui adhèrent au sol : les arbustes placés dans des caisses ne sont point immeubles par leur nature, encore que ces caisses aient été mises en pleine terre (1). — Mais ils peuvent prendre le caractère d'immeubles par destination. (*V.* art. 524.) Nul doute que la vente d'un jardin comprendrait les arbustes en caisses *destinés* à son ornement (Dur., n° 45).

Quant aux arbres des pépinières devenus meubles par leur séparation du sol, ils conservent ce caractère, quoiqu'on les ait placés sur un autre terrain, jusqu'au moment où on les plantera définitivement dans le lieu où ils devront se fortifier ; alors, ils deviendront immeubles par nature (2).

521 — Les coupes ordinaires des bois taillis ou de futaies mises en coupes réglées, ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus.

=Les bois *taillis* (3) ou de *futaie* (4), mis en coupes réglées, sont assimilés aux récoltes des moissons : ils ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure qu'ils sont abattus, bien que l'époque de la coupe soit arrivée : ainsi, l'usufruitier ne peut exiger aucune indemnité pour les coupes ordinaires qu'il a négligé de faire pendant sa jouissance ; ainsi, le légataire de l'universalité des meubles ne peut prétendre aux bois taillis ou de futaie qui sont encore sur pied.

Du principe que les bois aménagés sont considérés comme fruits, il résulte :

1° Que les coupes ordinaires peuvent être faites soit par les tuteurs, soit par les mineurs émancipés, soit par la femme séparée de biens;

2° Qu'un créancier hypothécaire ne peut s'opposer à ce qu'elles soient faites sur le fonds affecté à la garantie de sa créance, si ce n'est dans le cas prévu par l'art. 689 Pr. : il n'y a point lieu à l'application de l'article 2131 Code civ. (5) ;

(1) Pothier, Communauté, n° 34; Dur., n° 44; Zach., p. 337;—Caen, 8 avril 1818; Dal., n° 56.

(2) Pothier, *ibid.*; Dur., n° 45; Delv., p. 140, n° 7; Zach., *ibid.*; Dal., n° 55.

(3) On appelle *taillis* une certaine étendue de petits bois que l'on coupe périodiquement à des époques rapprochées, déterminées par la loi ou par l'usage des lieux : cette détermination des époques se nomme *aménagement*.

(4) Les futaies sont des bois réservés dans les coupes de bois taillis.

On appelle *arbre futaie*, un arbre qui a quarante ans passés; — la dénomination de *haute futaie* ne se donne qu'aux arbres qui ont cent vingt ans.

(5) Merlin, v° Taillis, n° 2.—Cass., 26 janvier 1808, 8 septembre 1813, Dev. Pal.

3° Qu'ils peuvent être frappés de saisie-brandon, comme tous autres fruits (626, Pr.);

4° Que si la même coupe a été successivement vendue à plusieurs, elle appartient à celui des acheteurs qui en a pris possession réelle le premier (1141), encore que son titre soit postérieur en date : — il est censé avoir pris possession lorsqu'il a commencé l'abatage (1).

Appliquez, du reste, toutes les règles que nous avons exposées sous l'article précédent sur les récoltes des moissons, notamment en ce qui concerne les rapports du vendeur et de l'acheteur (2). — La coupe d'un bois taillis est meuble.

La loi ne parle pas des futaies non mises en coupe réglée, car aucun doute ne s'élève à leur égard : on ne peut les considérer comme *fruits*, puisque les fruits se récoltent périodiquement : ces futaies font donc partie intégrante du fonds; dès lors, un créancier hypothécaire pourrait s'opposer à ce qu'elles fussent abattues. — Mais on conclurait à tort, *à contrario* de l'art. 521, qu'elles restent immeubles même après leur abatage; il n'est pas douteux qu'elles deviennent meubles : si donc le propriétaire les avait coupées et vendues à un acheteur de bonne foi, ce dernier les garderaient; elles ne seraient plus affectées à la créance hypothécaire (2119).

Puisque les arbres dont il s'agit, quoique mobilisés par leur séparation du sol, ne sont pas des fruits, il est clair qu'ils ne peuvent donner lieu à l'application des règles établies à l'égard de ces derniers biens. — Ainsi, le mineur émancipé ne pourrait en toucher le prix sans être assisté de son curateur; car ils représentent un capital. — Ainsi, le créancier hypothécaire auquel est affecté l'héritage dont les arbres abattus dépendaient, peut prétendre qu'on a diminué son gage, et demander en conséquence, en vertu des articles 1188, 2131 et 2133, ou son remboursement ou un supplément d'hypothèques. Si les arbres, quoique vendus, sont encore sur pied, ils restent soumis à l'action hypothécaire des créanciers inscrits; en conséquence, ils se trouvent compris dans la saisie du fonds, sans que l'acheteur puisse les faire distraire de la saisie (3). — Ainsi, la communauté qui aurait profité des arbres abattus sur les propres de l'un des époux lui devrait récompense (1470).

Immeubles par destination.

On nomme immeubles *par destination*, les objets mobiliers de leur nature qui, sans être physiquement unis au fonds, sont destinés à y rester perpétuellement attachés pour son exploitation ou comme ornement (522-524).

Les meubles ne prennent le caractère d'immeubles qu'autant qu'ils

(1) Cass., 21 juin 1820, Dev. Pal.; Dal., *ibid.*, n° 40.
(2) Cass., 24 mai 1815, Dev. Pal.
(3) Cass., 10 juin 1841; Dal., *ibid.*, n° 48.

ont été placés sur le fonds *par le propriétaire :* on ne peut, en effet, supposer une volonté semblable à un tiers qui n'a qu'une jouissance temporaire : nul n'est présumé vouloir donner.

La volonté du propriétaire à cet égard peut être *expresse* ou *tacite :* elle est *expresse*, par exemple, lorsqu'il livre à son fermier ou à son métayer des animaux pour la culture. — Elle est *tacite*, lorsqu'il place à perpétuelle demeure des objets mobiliers sur un fonds, pour le service et l'exploitation de ce fonds.

Des doutes peuvent s'élever sur le caractère de certaines choses : on s'est demandé, par exemple, si des ardoises ou des tuiles mises sur un toit sont immeubles par leur nature ou immeubles par destination? Elles sont immeubles par leur nature : vainement dirait-on qu'avant d'être placées sur la couverture, ces choses étaient meubles, et qu'elles ne sont devenues immeubles que par leur emploi : on répondrait que, par leur adhérence au bâtiment, elles ont pris son caractère ; qu'elles font corps avec lui, comme les pierres et les poutres qui ont servi à le construire.

Les immeubles par destination reprennent leur nature mobilière : 1° lorsqu'ils sont hors de service ; 2° lorsqu'ils ne peuvent plus remplir leur destination (1); 3° dès qu'ils sont détachés du fonds : ainsi, la vente de ces objets est considérée comme une vente de meubles (2). —Ainsi, le créancier qui aurait une hypothèque sur le fonds ne pourrait les suivre entre les mains des tiers ; car les meubles n'ont pas de suite par hypothèque ; ils ne peuvent être saisis qu'avec le fonds (592 Code de proc.), sauf ensuite l'application de l'article 2131. — Mais une séparation momentanée ne changerait pas leur nature : il faut une séparation intentionnellement définitive (3) : de même que l'intention ne suffirait pas pour immobiliser les meubles, si elle ne se manifestait par le fait; de même, une fois immobilisés, les meubles demeurent immeubles tant qu'ils sont attachés réellement au fonds, nonobstant toute déclaration contraire du propriétaire (4).

Les animaux, les instruments aratoires, les semences et autres objets mobiliers, sont immobilisés lorsqu'ils ont été placés sur le fonds par l'usufruitier, par l'emphytéote ou par un possesseur de bonne foi.—On objecte que les articles 524 et 525 consacrent des règles exorbitantes; qu'il faut en restreindre l'application aux cas prévus (5). Nous répondrons que les tiers possesseurs dont nous parlons représentent le propriétaire (6).

Les choses qui sont réputées immeubles comme accessoires d'un

(1) Bourges, 9 février 1830, Dev. Pal.

(2) Cass., 20 janvier 1832, Dev., 1832, 2, 394; 23 avril 1833, Dev., 1833, 1, 632.

(3) Grenoble, 19 décembre 1815; Cass., 19 novembre 1823, 23 avril 1833; Bourges, 31 janvier 1843; Cass., 5 août 1829 et 17 juillet 1838, 3 août 1831, Dev., 1831, 1, 388; Dal., nos 114, 128 et suiv. *Voy.* cep. Cass., 20 juin 1822, Dal., n° 131.

(4) Cass., 20 juin 1822; Paris, 8 février 1835, Pal.

(5) Delv., p. 140, n° 4; Proudhon, Dom. privé, no 166, t. 1er; Toullier, n° 16.

(6) Dur., n° 59, t. 4; Zach., p. 339; Pothier, Comm., nos 37 et 38.

fonds, (ou, ce qui revient au même, *par destination*, pour employer les expressions du texte), suivent ce fonds entre les mains de l'acquéreur ou du légataire, bien qu'elles n'aient pas été comprises formellement dans la vente (1) ou dans la disposition (2).

On peut diviser les immeubles par destination en deux classes : 1° ceux que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds (522-524) ; — 2° ceux qui ne deviennent tels qu'à raison de ce qu'ils se trouvent attachés au fonds physiquement, à perpétuelle demeure (525).

522 — Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds, par l'effet de la convention.

Ceux qu'il donne à cheptel à d'autres qu'au fermier ou métayer, sont meubles.

= Pour que les animaux soient considérés comme accessoires d'un fonds donné à bail, et par conséquent comme immeubles par destination, trois conditions sont requises :

Il faut, 1° qu'ils aient été livrés à un fermier ou métayer (3) *par le propriétaire :* s'ils avaient été placés sur le fonds par le fermier, ils ne perdraient pas leur qualité de meubles, puisqu'ils ne seraient pas censés placés sur le fonds à perpétuelle demeure (4).

Peu importe, du reste, que ces animaux aient été estimés dans le contrat : ils ne sont pas moins réputés immeubles ; car ici l'estimation ne peut avoir pour objet d'en transférer la propriété (1558), mais uniquement de déterminer la somme que le fermier ou le métayer (5) sera tenu de rembourser à la fin du bail, s'il ne les représente pas (1822).

2° Qu'ils soient livrés *pour la culture* (524) : s'ils étaient destinés à un autre usage, ils conserveraient la qualité de meubles.

Toutefois, il a été jugé que l'on doit considérer comme immeubles, non-seulement les bestiaux employés à la culture proprement dite, mais encore tous ceux qui sont attachés à ce domaine, sans distinction, même ceux qui ont été donnés à cheptel sans autre destination que la consommation des fourrages et l'engrais des terres (6) : il s'agit plutôt ici de l'exploitation que de la culture proprement dite.

(1) Riom, 30 août 1820; Dal., n° 126.

(2) Cass., 1er avril 1835; Dal., n° 136.

(3) On appelle *fermier*, celui auquel le propriétaire donne à bail son héritage, pour un certain nombre d'années, moyennant un prix; — *métayer* ou *colon partiaire*, celui qui cultive un héritage à moitié fruits (*voy.* art. 1826 et 1827).

(4) Agen, 12 juin 1812; Liège, 14 février 1824, Dev. Pal.; Dal., n° 65.

(5) En général, l'estimation donnée aux meubles en transfère la propriété; mais ici on ne lui attribue pas cet effet : elle met seulement le troupeau aux risques et périls du fermier.

(6) Riom, 30 août 1820 et 28 avril 1827; Dal., nos 71 et suiv.; Dev. Pal.

3° Qu'ils demeurent attachés au fonds *par l'effet de la convention*, c'est-à-dire du bail : si donc le propriétaire les vend au fermier ou au colon partiaire, ils perdent leur qualité d'immeubles. D'ailleurs, ce n'est plus au propriétaire qu'ils appartiennent alors, mais au fermier (1). — Il en est de même, s'il a été convenu que le propriétaire remplacera par d'autres animaux ceux qui se trouveront sur le fonds; ces derniers deviendront meubles.

D'après ces principes, il est clair qu'on ne peut considérer comme immeubles les animaux que le propriétaire donne à cheptel (2) à d'autres qu'à son fermier ou métayer; car on ne peut lui supposer l'intention de placer à perpétuité des animaux sur un fonds qui ne lui appartient pas.

524 — Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination.

Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds (3) :

Les animaux attachés à la culture (4);

Les ustensiles aratoires;

Les semences données aux fermiers ou colons partiaires;

Les pigeons des colombiers;

Les lapins des garennes;

Les ruches à miel;

Les poissons des étangs;

Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes;

Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines;

Les pailles et engrais.

Sont aussi immeubles par destination, tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure.

= Le législateur a mis ces objets mobiliers au nombre des immeu-

(1) Bourges, 31 janvier 1843, Dev., 1844, 2, 67.

(2) Le *cheptel* est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner sous les conditions convenues entre elles (1800).

Les animaux livrés au fermier par le propriétaire, pour la culture, forment ce qu'on appelle le *cheptel de fer* (1811).

(3) Comparez ce paragraphe avec le dernier : suivant l'un, il semble que les objets ne soient immeubles par destination qu'autant qu'ils ont été placés sur le fonds pour le service de ce fonds; suivant l'autre, il suffit qu'ils soient attachés au fonds à perpétuelle demeure : deux règles semblent donc établies; mais on les concilie en considérant la fin de l'article comme une application de la règle établie au commencement. (*Voy.* au surplus l'art. 525.)

(4) Il faudrait ajouter : non destinés à être vendus.

bles, afin que des créanciers ne puissent, par les formes rapides d'une saisie-exécution, dépouiller un fonds de ses moyens d'exploitation : on ne pourrait donc les saisir qu'en saisissant l'immeuble lui-même.

Mais, pour qu'ils prennent ce caractère, la loi exige deux conditions; il faut :

1° Comme dans le cas prévu art. 522, qu'ils aient été placés sur le fonds *par le propriétaire* ou en son nom : on ne peut supposer à un tiers l'intention de placer des objets mobiliers à perpétuelle demeure sur un fonds dont il ne jouit que temporairement; une libéralité ne se présume pas;

2° Qu'ils soient essentiels pour le *service* et l'*exploitation* de ce fonds (1).

Cela posé, elle répute immeubles par destination :

1° Les animaux attachés *à la culture*, lors même que le propriétaire cultive par lui-même.—Les chevaux des brasseries, les moulins, etc., ne prennent point le caractère d'immeubles(2).

Il est sans difficulté qu'on ne peut considérer comme attachés à la culture d'un fonds les animaux que le propriétaire nourrit sur ce fonds, par cela seul qu'ils sont propres à la culture : tels que les chevaux de selle destinés au service personnel du maître du fonds (3). La loi suppose que les animaux sont rigoureusement nécessaires à l'exploitation de ce fonds. (Proudhon, p. 145.)

Mais, d'un autre côté, cette expression : *à la culture*, doit être prise ici *lato sensu :* elle comprend non-seulement les animaux qu'on emploie au labourage, mais encore les bestiaux dont l'engrais est nécessaire pour féconder les terres (4), tels que les troupeaux de moutons et de brebis.

Quant aux animaux achetés pour être engraissés dans les pâturages, et destinés à être revendus, comme ils ne se trouvent placés sur le fonds que pour un certain temps, ils n'acquièrent pas la qualité d'immeubles; on les considère comme un produit du fonds (5).

2° *Les ustensiles* (6) *aratoires.* — Ceux qui sont placés sur le fonds non par le propriétaire, mais par le fermier, sont meubles.

3° *Les semences données aux fermiers ou aux colons partiaires.*—Le fait qu'elles ont été données au fermier révèle assez leur destination : mais d'autres circonstances pourraient démontrer à cet égard l'intention du propriétaire. — Il ne faut pas entendre cette disposition dans un sens limitatif.

Les semences ne laisseraient pas d'être immeubles, quoique le propriétaire cultivât par lui-même (7).

(1) Limoges, 15 juin 1820, S., 21, 2, 16; Dev. Pal.; D., Choses, p. 468.

(2) Cass., 1er avril 1835, Dal., n° 75.

(3) Proudhon, Usuf., n° 120; Pigeau, Proc., t. 2, p. 79;—Limoges, 15 juin 1820; Orléans, 11 décembre 1817 et 20 novembre 1823, Dev. Pal.

(4) Proudhon, nos 118 et 177; Dur., n° 56, t. 4; Bioche et Goujet, Saisie-Exécut., n° 34; — Bordeaux, 14 décembre 1829; Riom, 28 avril 1827, Dev. Pal.; Dal., n° 77.

(5) Dur., n° 56, t. 4; Zach., p. 340; — Bourges, 6 mai 1842; Dal., n° 77.

(6) Des mots *est utilis :* ils servent à l'exploitation.

(7) Lyon, 29 juillet 1848, Dal., 1849, 2, 165.

En droit romain, les semences n'étaient immobilisées que lorsqu'elles avaient été jetées en terre (Instit., § 32, *de rerum divisione*); sous l'empire de nos lois, il suffit qu'elles aient été données au fermier.—Une fois confiées à la terre, les semences ne sont plus seulement immeubles par destination ; elles deviennent immeubles par leur nature (1).

Même observation à l'égard des arbres des pépinières : ils cessent d'être immeubles par destination, et deviennent immeubles par leur nature, dès qu'ils ont été plantés définitivement.

4° *Les pigeons des colombiers, les poissons des étangs, les lapins des garennes*, ajoutons et en *général tout le gibier renfermé dans un parc* (2). — Ces animaux sont réputés immeubles, plutôt comme accessoires du colombier, de la garenne, des étangs, que par destination ; car ils sont *in laxitate naturali*, et nous ne les possédons qu'en raison de ce que nous sommes propriétaires du colombier, de la garenne, de l'étang : de telle sorte qu'il serait exact de dire que nous possédons un colombier rempli de pigeons, une garenne remplie de lapins, un étang rempli de poissons.

Quant aux lapins des clapiers, aux pigeons des volières, aux poissons mis dans un vivier ou réservoir, ils sont meubles ; car ils se trouvent placés sous notre main ; ils ne jouissent pas de leur liberté naturelle ; nous les possédons par eux-mêmes, individuellement.

Déjà nous avons fait remarquer que ces animaux sont à tort compris dans cet article, car la destination du propriétaire n'est pas de rigueur pour qu'ils soient immobilisés ; on les considérerait comme tels, bien qu'ils eussent été placés sur le fonds par un étranger. (*Voy.* art. 517.)

5° *Les ruches à miel.* — A la vérité, elles ne servent pas à l'exploitation du fonds ; elles ne vivent même pas sur le fonds ; mais on les considère comme moyen de produit obtenu à l'aide du fonds qui les nourrit.

6° *Les pressoirs*, etc., et même les *cuves*, les *chaudières*, les *tonnes* qui servent à l'exploitation d'une brasserie, sont immeubles par destination : bien entendu lorsque ces objets n'adhèrent ni au sol ni aux constructions ; autrement ils seraient immeubles par leur nature : la loi ne considère ni leur forme, ni leur destination (3). — A l'égard des tonneaux, ils sont meubles, car ils ne sont pas destinés au service habituel du fonds, mais à être vendus avec le vin qu'ils renferment.

7° *Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges*, etc. — De quelque poids, de quelque valeur, de quelque grandeur qu'ils soient (4), il en est de ces ustensiles comme des ustensiles aratoires.

(1) Proudhon, n° 122; Dur., nos 57 et 58; Dal., n° 84.

(2) Merlin, Rép., vis Animaux et Garenne.

(3) Dur., n° 66; — Bruxelles, 22 janvier 1807, S., 7, 2, 1052; Grenoble, 22 janvier 1808, S., 9, 2, 1010; Cass., 4 février 1817, Dev. Pal.

(4) A l'époque où le Code civil a été rédigé, les forges ne pouvaient avoir que l'eau pour principe moteur : c'est là principalement ce qui leur a fait donner le caractère d'immeubles ; mais aujourd'hui ne doit-on pas considérer les objets destinés à l'exploitation comme meubles, lorsqu'on fait usage de la vapeur? Les termes du Code ne paraissent-ils pas trop absolus, généraux?

La loi n'entend point parler ici des forges que l'on peut transporter d'un lieu dans un autre, comme celles des serruriers, mais des forges proprement dites, des usines dans lesquelles on fabrique le fer.

Les métiers des tisserands et les outils des ouvriers sont meubles; car ces choses ont uniquement pour objet l'exploitation d'une profession.

Nous en dirons autant des machines, des décorations et autres effets mobiliers d'un théâtre (1).

Nous pensons même que l'on doit considérer comme tels les presses d'imprimerie, bien qu'elles appartiennent au propriétaire du bâtiment où elles se trouvent: il n'y a point de raison pour les immobiliser, puisqu'elles ne sont point destinées à l'exploitation d'une usine, mais à l'exercice d'une industrie (2). — Pour saisir des presses, il n'est pas nécessaire de saisir le bâtiment où elles se trouvent.

8° *Les pailles et engrais* (*destinés, bien entendu, à l'amélioration du fonds*). Si ces objets se trouvaient dans des maisons de ville, ou même s'ils avaient été amassés sur un fonds de terre pour être revendus, ils seraient meubles. (Dur. t. 4, p. 67 ; Zach., p. 341 ; Dalloz, n° 103.)

Enfin, la loi, généralisant la règle, déclare immeubles par destination tous les objets mobiliers attachés au fonds à perpétuelle demeure. Le mot *attaché* s'entend ici d'une union morale; nous verrons qu'il reçoit un autre sens dans l'article suivant.

L'énumération faite dans l'article 524 n'est donc pas limitative, mais énonciative; on regarderait certainement comme immeubles par destination : le foin nécessaire pour nourrir les animaux attachés à la culture; les échalas qui servent à attacher les vignes, lors même qu'ils auraient été momentanément arrachés du sol, par exemple pour être mis à couvert pendant l'hiver (3); car ils sont destinés à y être replacés; les animaux destinés à faire mouvoir une machine; les ustensiles des forges, papeteries et autres usines; les cuves, chaudières, tonneaux (4) et tous autres accessoires nécessaires à l'exploitation du fonds.

Il nous reste à faire observer que l'immobilisation des objets mobiliers placés par le propriétaire sur son fonds est restreinte à ceux qui sont absolument indispensables pour le service et pour l'exploitation du fonds (5).

Quant aux effets mobiliers qui dépendent nécessairement du fonds, lors même qu'ils ne servent pas à l'exploitation et qu'ils ne sont pas attachés à un bâtiment à perpétuelle demeure, tels que les titres de propriété, les clefs, les pompes à feu, les volets mobiles d'une boutique, le couvercle d'un puits, etc., on doit, nonobstant le silence de notre texte, les considérer également comme immeubles, mais par *accession* (Zach., p. 341).

(1) Déc. du ministre des finances du 4 mars 1806; — Dur., n° 66; Dal., n° 96.

(2) Pothier, Comm., n° 51; Dur., n° 65. *Voy.* cep. Toullier, t. 2, p. 152; Dalloz, n° 95.

(3) Pothier, Comm., n° 38; Toullier, n° 13, t. 3; Dur., n° 69; Dalloz, n° 104.

(4) Bruxelles, 28 juillet 1808; Cass., 27 mars 1821, Dev. Pal.

(5) Cass., 18 novembre 1845, Dal., 1845, 1, 36; 27 mars 1821; Limoges, 15 juin 1820; Bruxelles, 21 juin 1807.

525 — Le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés.

Les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure, lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie.

Il en est de même des tableaux et autres ornements.

Quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration.

=Cet article est relatif à l'immobilisation de certains objets mobiliers placés sur un fonds, non pour servir à l'exploitation de ce fonds, mais comme ornement, ou pour l'utilité du locataire. — Indépendamment des conditions requises pour l'immobilisation en général, à savoir, le fait du *propriétaire* du fonds et la *perpétuité*, la loi exige de plus que ces objets soient attachés *réellement* aux bâtiments, de telle sorte qu'on ne puisse les enlever sans les fracturer ou les détériorer, sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés, ou du moins, sans laisser un vide, eu égard à la disposition des lieux: il faut que les dispositions d'arrangement soient telles, que la construction serait réputée incomplète ou imparfaite si l'objet ne s'y trouvait pas.

Gardons-nous de croire que les circonstances déterminées par le texte comme indice de perpétuité soient exclusives : le propriétaire est *censé*..., porte notre article ; il se borne à rapporter les faits par lesquels le propriétaire manifeste le plus souvent sa volonté : cette disposition n'est donc pas *limitative*, comme l'ont prétendu quelques auteurs, mais *démonstrative;* l'immobilisation peut résulter de tous faits de nature à établir que les meubles sont parties nécessaires du fonds (1).—Par exemple, on considère les glaces comme immeubles, bien que leur parquet ne fasse pas corps avec la boiserie, si les circonstances démontrent qu'elles y sont attachées à perpétuelle demeure pour faciliter la location d'un appartement : après avoir jugé le contraire, la cour de Paris est revenue sur sa jurisprudence (2) ; — les glaces dont les parquets sont posés à l'arrasement des portes ou des tapisseries supportant les tentures des appartements, de manière à faire corps avec ces tapis-

(1) Cass., 20 juin 1822, Dev. Pal.

(2) Comp. Paris, 20 février 1833, Dev. 1834, 2, 80, et 10 avril 1834, Pal. Dev., 1834, 2, 223; 11 avril 1840, Pal., 1840, 1, 701; Dal., n° 110; 19 juin 1845; Cass., 8 mai 1850, Dal., 1850, 1, 269.

series (1) ; — les ornements d'une chapelle (2) ; — les rateliers d'une écurie; — les statues placées sur des piédestaux incrustés au mur ou sur les colonnes extérieures d'une maison.

Quant aux statues que l'on voit souvent dans les salles à manger, elles sont évidemment meubles.

Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

526 — Sont immeubles, par l'objet (3) auquel ils s'appliquent,
L'usufruit des choses immobilières ;
Les servitudes ou services fonciers ;
Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.

= Nous avons vu, au commencement de ce titre, que les biens incorporels ne sont pas plus meubles qu'immeubles; mais que le législateur, voulant tout comprendre dans une même division, a rangé ces biens parmi les immeubles ou parmi les meubles, suivant qu'ils ont pour objet des choses immobilières ou des choses mobilières : la loi détermine, dans l'article 526, les caractères des *droits immobiliers*.

Trois sortes de droits seulement sont considérés ici comme immobiliers; mais cette énumération est évidemment incomplète : on remarque, notamment, que le législateur n'a point parlé du droit le plus étendu que l'on puisse avoir sur une chose, qui fait même l'objet d'un titre spécial, *la propriété :* Il a sans doute pensé que ce droit s'identifiant avec la chose elle-même, il était superflu d'en parler, après avoir caractérisé cette chose : et en effet, dans le langage usuel, dire que l'on a tel immeuble dans son patrimoine, ou qu'on est propriétaire de tel immeuble, c'est exprimer une même pensée. Presque toujours on confond la chose avec le droit ; on ne dit pas : j'ai la propriété de telle maison ou de tel cheval, mais j'ai telle maison, tel cheval, telle chose est mienne : on ne détermine l'espèce de droit que lorsqu'il s'agit d'un démembrement de la propriété. — Ces observations peuvent expliquer le silence de la loi sur ce point.

Au reste, nous verrons tout à l'heure que notre article laisse à désirer sous beaucoup d'autres rapports.

L'usufruit des choses immobilières (ajoutons les droits d'usage et d'habitation, car il y a même raison) et les servitudes sont formellement déclarés immeubles. Pour bien saisir la pensée du législateur sous ce rapport, il faut remonter à quelques développements théoriques ; nous aurons souvent occasion d'y revenir.

La propriété se compose de trois éléments : user, jouir, abuser : *uti*,

(1) Paris, 19 juin 1843, Dal., n° 112; Dev., 1843, 2, 319; Pal., 1843, 2, 143; Bruxelles, 14 juin 1821; Dal., n° 111; Dev. Pal *Voy.* cep. Colmar, 16 mars 1826.

(2) Proudhon, Usuf., n°s 111 et 159; Dal., n° 97.

(3) On entend par objet d'une obligation, ce que l'on s'est obligé à donner ou à faire; par conséquent, la chose sur laquelle tend à se reposer le *jus ad rem*.

frui, *abuti*. Ces trois éléments constituent, quand ils se trouvent réunis dans la main d'une même personne, *plenum dominium*, *plena in re potestas*.—Lorsque le propriétaire ne peut retirer de sa chose, par suite de quelque droit conféré à un tiers, tous les avantages qu'elle est susceptible de procurer, on dit que son droit est démembré.—Ces démembrements, *jura in re*, peuvent appartenir soit à une personne, soit à un *fonds* : au premier cas, ils prennent le nom d'*usufruit* ou d'*usage*, suivant que le droit a plus ou moins d'extension; au deuxième cas, ils sont appelés *servitude*.

Remarquons en passant cette différence entre l'usufruit et les servitudes: que l'usufruit est établi en faveur d'une personne; qu'il peut frapper soit sur des meubles, soit sur des immeubles : tandis que les servitudes *ne peuvent exister* qu'entre deux immeubles ; de là leur nom de *services fonciers* ou *servitudes réelles*.

Cela posé, il est clair que l'usufruit (lorsqu'il s'applique à des immeubles, bien entendu) et les servitudes sont des droits immobiliers, puisqu'ils ne sont que des fractions de la propriété elle-même. Rien de plus exact.

Mais le 3e alinéa de notre article est critiqué avec juste raison :

Observons, d'abord, que le mot *action* est ici improprement employé. à Rome, ce mot exprimait le *jus persequendi in judicio*, que le préteur accordait à ceux qui voulaient former une demande judiciaire; mais le système des formules, aboli depuis longtemps, n'a pas été reproduit dans nos lois : aujourd'hui, le juge est saisi directement, sans permission préalable; l'action n'est plus un droit, mais un simple fait : or, un fait en lui-même n'est ni meuble ni immeuble.

Dirons-nous, avec Demante (Programme, nº 299), que la réclamation faite judiciairement constitue pour le plaideur un droit : celui d'obtenir justice des tribunaux auxquels elle est soumise; qu'elle entre dans les biens, et devient meuble ou immeuble, selon qu'elle a pour objet un meuble ou un immeuble?... On répondra, d'une part, qu'une décision judiciaire constate seulement un droit; que, dès lors, elle ne peut *imprimer aucun caractère à l'action* qui tend à l'obtenir ;— d'autre part, que si l'action constituait un droit, il serait loisible à chacun d'augmenter indéfiniment son patrimoine, en introduisant un grand nombre de demandes bien ou mal fondées; ce qui serait dérisoire.

Il nous paraît donc évident que le mot *action* n'exprime pas ici une faculté distincte du droit, mais *le droit lui-même* porté devant la justice, pour qu'elle ait à le revêtir de son autorité : c'est le droit, en effet, qui est l'objet du litige. — Au surplus, à quoi bon supposer une action introduite? le droit a toujours une même nature, que la justice ait été ou non saisie.

Jusqu'ici on ne signale qu'une impropriété d'expression; mais ce n'est pas tout : la loi parle *d'action en revendication;* en d'autres termes, du droit de revendiquer, et c'est ce droit qu'elle qualifie d'immeuble : la disposition devient alors inexacte et complétement inutile : — *elle est inexacte*, car on serait fondé à conclure que le droit ne prend un

caractère immobilier que lorsqu'il a pour objet un corps certain et déterminé, condition requise pour que la revendication ait lieu; or, ce serait là une idée fausse, ainsi que nous le démontrerons tout à l'heure : — *elle est inutile :* en effet, dès le moment où je suis propriétaire, il importe peu, quant à la qualification de mon droit, que je possède ou que je ne possède pas; le droit est toujours dans mon patrimoine. « *L'action qui tend à revendiquer un immeuble*, dit M. Pellat (Principes généraux du droit de propriété, p. 9), soit qu'on entende par là l'action déjà intentée ou l'action qu'on a le droit d'intenter, n'est pas un bien distinct de la propriété même de l'immeuble : voilà donc qui fait double emploi, à moins qu'on ne veuille entendre ici, contre le sens du mot *revendiquée*, l'action personnelle d'un créancier, au lieu de l'action *réelle* d'un propriétaire; ou bien, il faudrait dire que quand je suis propriétaire d'un immeuble, j'ai dans mon patrimoine *une chose corporelle* (un bien immeuble par sa nature), si je le possède, et une chose incorporelle (un bien immeuble par l'objet auquel il s'applique), s'il est en la possession d'un tiers. » — Les auteurs du Code sont donc tombés dans une véritable confusion : celui qui revendique agit comme propriétaire, et parce qu'il est propriétaire. Le droit de revendiquer n'est pas distinct du droit de propriété; il ne peut constituer l'objet d'un litige : la propriété seule, c'est-à-dire, le lien civil qui unit la chose à son propriétaire, peut être contestée. Après avoir dit dans l'article 518 que le propriétaire d'un fonds est propriétaire d'un immeuble par sa nature, le législateur dit évidemment à tort, dans l'article 526, qu'il a un immeuble par son objet : la même chose ne peut être à la fois immeuble par sa nature ou immeuble par son objet, suivant que le propriétaire possède ou ne possède pas.

Mais de ce que le droit de revendiquer et le droit de propriété ne sont qu'une seule et même chose, s'ensuit-il qu'il n'existe pas d'action immobilière? Non, assurément; et c'est ici le lieu de signaler une lacune regrettable : le législateur nous paraît avoir confondu dans cet article le *jus in rem*, c'est-à-dire le droit de propriété, avec le *jus ad rem*, droit contre une personne pour la contraindre à conférer la propriété : c'est ce dernier droit que notre article a pour but de caractériser, et alors il ne renferme qu'une application de la règle que nous avons posée sous l'article 516 : si la chose est immobilière, il est clair que le droit à cette chose est immobilier ; de même qu'il serait meuble si la chose était mobilière, ainsi que nous le verrons dans le chapitre suivant (art. 528). Alors on conçoit que le droit soit distinct de la chose elle-même qui en est l'objet. — Une personne s'est obligée, par exemple, à me livrer un hectare de bois, à faire construire une grange ou autre bâtiment, à me livrer un passage sur son terrain, à exhausser ou à détruire un mur voisin de ma propriété : il n'y aura pas lieu, dans ces divers cas, à revendication, et, cependant, mon droit sera immobilier, puisqu'il aura des immeubles pour objet. — C'est en ce sens qu'il faut interpréter la disposition finale de l'article 526; elle est relative, nous le répétons, au *jus ad rem*, et nullement au *jus in rem :* l'un produit l'action *in personam ad rem mobi-*

lem ou *immobilem*, suivant que la chose est mobilière ou immobilière; l'autre produit l'action *in rem mobilem* ou *immobilem*, suivant qu'elle s'exerce sur une chose mobilière ou sur une chose immobilière.

D'après ces principes, on doit réputer immeubles : le droit de faire résoudre la vente pour défaut de payement du prix ; le droit de réméré (1654 à 1659) (1); l'action en rescision de contrats translatifs de propriétés immobilières (2), pour violence, dol, erreur, incapacité, survenance d'enfants, inexécution des conditions (1184 et 1654); l'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes (1674). — Ces sortes de droits se trouveront dès lors compris dans la disposition testamentaire par laquelle une personne léguerait tous ses immeubles.—Si le droit a pour objet en même temps des meubles et des immeubles, il est en partie mobilier et en partie immobilier; telle serait le cas où l'on aurait acquis une maison avec tous les meubles qui s'y trouveraient (Pothier, Comm., n° 74; Dal., n° 160).

L'énumération faite par l'article 526 n'est pas limitative : on remarque, notamment, que l'*emphytéose* (3), sorte de droit que reconnaissait formellement notre ancienne législation, et que l'usage a perpétué dans une grande partie de la France, notamment en Bretagne et en Algérie, ne s'y trouve pas comprise.

« On nomme *emphytéose*, la concession d'un fonds faite par l'une des parties à l'autre, pour le cultiver, en percevoir tous les produits et en supporter les charges, moyennant une redevance annuelle. » (Dur., n° 75.)

L'acte qui constitue ce droit se nomme *bail emphytéotique*. — La redevance est appelée *canon emphytéotique*.

L'emphytéose a conservé les caractères que lui attribuait notre ancienne législation ; la plupart des règles qu'elle consacrait reçoivent encore leur application de nos jours : voyons quelles sont ces règles.

L'emphytéote jouissait de l'immeuble comme propriétaire; il avait ce qu'on appelait le *domaine utile*, par opposition au *domaine direct*, lequel appartenait au propriétaire : à ce titre, il retirait de la chose tout le profit, tous les avantages qu'elle était susceptible de procurer; il recueillait tous les fruits, profitait de la chasse, de la pêche, de l'alluvion (4).—On avait même prétendu que le trésor trouvé sur le fonds lui appartenait ; néanmoins, la plupart des jurisconsultes rejetaient cette

(1) Paris, 6 ventôse an XII, Dev. Pal.

(2) Grenier, Don., t. 1er, n° 325; Dur., t. 4, nos 94 et 97; Zach., p. 345; — Bourges, 25 janvier 1832, Dev., 1832, 2, 556, Pal.

(3) Le mot *emphyteose* vient du grec; il signifie planter, améliorer une terre : dans l'origine, le bail emphytéotique avait pour objet le défrichement et la mise en culture des terres nues et stériles. — Ce contrat était fort usité à Rome et dans les Gaules.

Indépendamment de l'emphytéose, on connaissait, dans notre ancien droit coutumier, différentes sortes de concessions qui n'ont point passé dans notre législation ; nous nous bornerons pour cette raison à les indiquer ici, savoir : le *bail à domaine congeable*, ou *bail à convenant;* le *bail à rente foncière* (voy. art. 530); le *bail à complant;* le *champart*, aussi appelé *agrier, terrage, bail à locatairie;* le *bail hereditaire*, ou *bail à métairie d'Alsace*.—L'*emphyteose* est le seul contrat qui ait été maintenu dans nos lois modernes, encore sous certaines modifications.

(4) Duvergier, t. 3, n° 161; Troplong, Louage, n° 38.

doctrine, par ce motif que le droit au trésor est attaché à la propriété, et que l'emphytéote, en définitive, n'a qu'un droit de jouissance.

Le bail emphytéotique conférait au preneur un droit immobilier (*jus in re*). Ce droit était susceptible d'hypothèque, de même que l'usufruit.

L'emphytéote pouvait également créer des servitudes; mais lorsque le fonds retournait au propriétaire, ce dernier le reprenait franc et libre de toutes charges réelles, par application de la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

La plupart des auteurs lui reconnaissaient le droit de faire les modifications superficielles qui n'altéraient pas le fonds; mais ils lui refusaient celui d'ouvrir des mines et carrières, de faire des fouilles, de démolir des maisons, d'abattre des futaies non aménagées, etc. L'emphytéote, disaient-ils, ne prend la chose qu'à la condition de l'améliorer, ou tout au moins de ne pas la rendre en plus mauvais état; or, ce serait appauvrir le fonds que d'en détacher les produits dont il s'agit.

L'emphytéote était obligé d'apporter à l'exploitation et à la conservation de l'héritage tous les soins d'un bon père de famille; il n'était tenu de construire, de mettre en culture, de planter, qu'autant qu'il s'y était expressément obligé (1) : ces conditions étaient donc seulement de la nature de l'emphytéose. Dans l'origine, sans doute, elles tenaient à son essence, car le droit avait pour objet des terres incultes livrées aux vétérans des armées romaines pour être défrichées (*agri vectigales*). Mais, dès le moment où l'usage se fût introduit de le constituer sur des domaines en valeur, l'obligation de conserver remplaça celles dont il s'agit. (Duvergier, Louage, t. 3, n° 132.)

La redevance était ordinairement d'une faible importance, bien qu'elle fût essentielle : on la considérait comme une simple reconnaissance du droit de propriété; mais rien ne s'opposait à ce qu'on l'élevât, par une stipulation expresse, même à une somme proportionnée à la valeur des fruits : elle devenait alors le prix de la jouissance concédée, ce qui rapprochait l'emphytéose du bail ordinaire à longues années.

L'emphytéote supportait toutes les charges de la propriété ; il devait faire les grosses réparations, payer les impôts, etc. Toutefois, lorsque la redevance, au lieu d'être d'une somme insignifiante, était calculée sur les produits de l'héritage, les charges se répartissaient conformément aux principes du bail. (Troplong, Louage, n° 39.)

L'emphytéose pouvait s'établir de trois manières : par contrat, par acte de dernière volonté, par prescription.

Il s'établissait par prescription de deux manières; savoir : 1° lorsque le détenteur avait possédé la chose d'autrui à titre d'emphytéote; 2° lorsqu'il avait possédé sa propre chose au même titre, en payant à un tiers un canon annuel : la continuité de payement pendant le temps voulu conférait à ce tiers le domaine direct.

Le délai de la prescription était de 30 années. (Troplong, Louage, n° 35.)

(1) Selon nous, les plantations et les constructions ne sont pas seulement des améliorations. (*V.* art. 599.)

Les parties pouvaient régler à leur gré la durée de l'emphytéose; mais il fallait toujours une longue série d'années : fréquemment, ce droit était constitué pour 99 ans, et même le plus souvent à perpétuité. (Duvergier, t. 3, n° 149; Troplong, Louage, n° 37.)

Le bail emphytéotique finissait par l'expiration du temps pour lequel il avait été fait; par l'extinction de la famille ou du degré appelé à en profiter; par les abus que l'emphytéote commettait dans sa jouissance. (Duvergier, n° 172; Troplong, n° 47.)

Telles étaient les règles en vigueur, lorsque la loi des 18-29 décembre 1790 parut : loin de prohiber le bail emphytéotique, ainsi que le prétend Delvincourt, t. 3, p. 183, notes, cette loi a reconnu formellement l'emphytéose : en effet, après avoir déclaré rachetables toutes les rentes foncières perpétuelles, soit en nature, soit en argent, ainsi que les champarts de toute espèce, et défendu de créer à l'avenir aucune redevance foncière non remboursables, l'article 1er, dans sa disposition finale, ajoute :

« Sans préjudice des baux à rente ou *emphytéoses non perpétuelles*, » qui seront exécutés pour toute leur durée et pourront être faits à » l'avenir pour 99 ans et au-dessous, ainsi que les baux à vie, même sur » plusieurs têtes, à la charge qu'elles n'excèdent pas le nombre de » trois. »

Donc on a pu, depuis la loi de 1790, faire des baux emphytéotiques : les emphytéoses perpétuelles seules ont été prohibées. (Avis du conseil d'Etat, appr. le 7 mars 1808.)

« La loi de 1790, dit Delvincourt, a été abrogée sous ce rapport par le Code civil; car il n'est parlé de l'emphytéose ni dans l'article 526, ni dans l'article 2118 : le silence de ce dernier article est d'autant plus significatif, que la loi du 11 brumaire an VII avait pris soin, au contraire, de déclarer l'emphytéose susceptible d'être, comme l'usufruit, frappée d'hypothèque. L'emphytéose temporaire est aujourd'hui remplacée par le bail, contrat auquel les parties peuvent donner telle durée qui leur convient. »

On répond que l'expression *usufruit*, qui se trouve employée dans l'article 526 et dans l'article 2118, comprend toute jouissance exercée sur l'immeuble d'autrui, et, par conséquent, l'emphytéose; enfin, que, dès le moment où il est libre aux parties de constituer un usufruit ou un bail simple pour un terme de 99 ans, on ne voit pas de raison pour leur interdire la faculté de créer, sous la dénomination d'emphytéose, un droit qui n'a rien de contraire à l'ordre public, et qui offre au preneur et aux siens les avantages que ne procure pas le bail ou l'usufruit. D'ailleurs, dans quel but aurait-on entravé, par des gênes inutiles, la liberté des conventions? en quoi ces sortes de contrats sont-ils incompatibles avec les principes modernes? L'article 686 n'autorise-t-il pas les propriétaires à créer sur leur fonds telles servitudes que bon leur semble? L'État lui-même n'accorde-t-il pas fréquemment à des particuliers le droit d'établir sur des rivières navigables ou flottables des usines qui devien-

nent immeubles, et par suite susceptibles d'être hypothéquées (1)? Pourquoi les particuliers ne pourraient-ils faire, sur leur propre fonds, ce que l'État fait sur les siens ?

Du reste, la validité du contrat d'emphytéose, et le caractère immobilier du droit qu'il confère au preneur, sont aujourd'hui généralement reconnus par la doctrine et par la jurisprudence (2).

Il faut même se garder de croire que, depuis la loi de 1790, la constitution de l'emphytéose en perpétuel vicierait complétement l'acte ; la clause seule serait privée d'effet : on verrait dans cet acte ou une vente faite moyennant une redevance, ou une libéralité faite avec charges. Le preneur deviendrait, en conséquence, propriétaire, sauf la faculté qu'il aurait de se libérer par le remboursement d'un capital (3) : mais il ne pourrait s'affranchir en déguerpissant. — Appliquez ce que nous dirons à cet égard sur la rente foncière, art. 530. (*V.* p. 629 ; Duvergier, nº 175.)

Le bail emphytéotique produit, de nos jours, tous les effets que lui attribuait notre ancienne jurisprudence, à l'exception, toutefois, de ceux qui sont en opposition avec les lois nouvelles : c'est ce qui a été reconnu par un arrêt de cassation. « Les dispositions des lois romaines sur l'emphytéose, porte cet arrêt, ont été admises en France, tant en pays de droit écrit qu'en pays de droit coutumier : le Code civil, qui n'a pas traité du bail emphytéotique, ne les a changées ni modifiées (4). »

L'emphytéote doit jouir en bon père de famille ; à l'expiration du bail, il est tenu de rendre les biens en bon état. S'il a fait des plantations ou des constructions qui ne lui étaient pas imposées par son bail, il y a lieu d'appliquer la règle de l'article 555 (*v.* art. 598, quest.); s'il a commis des dégradations, ou s'il n'a pas rempli les engagements qu'il avait contractés, il doit payer au propriétaire direct une indemnité (5). — La tacite réconduction n'est pas admise en matière d'emphytéose (1738) (6).

Il nous reste, pour bien faire saisir les caractères du bail emphytéotique, à signaler les principaux rapports et les principales différences qui existent entre l'emphytéose, d'une part, et l'usufruit ou le louage, d'autre part.

(1) Ord. du 8 août 1821.

(2) Dur., nºs 75 et suiv., t. 4; Troplong, art. 1709; Persil, art. 2118; Toullier, nº 101; Favard, Emp. hyp., Rép.; Merlin, Quest. emphyt., § 3, nº 2; Proudhon, Usuf., nº 97, t. 1er; Duvergier, Louage, nº 50; Sénatus du 30 janvier 1810, art. 14 : loi du 8 novembre 1814; ord. du 8 août 1821; lois des 21 juin 1826, 28 juin 1829 et 21 avril 1832 ; — Cass., 19 juillet 1832; Douai, 15 décembre 1832, Pal.

(3) Dur., nº 79; Dalloz, nº 140; avis du conseil d'État du 7 mars 1808 ; — Cass., 15 décembre 1824, Dev. Pal.

(4) Troplong, nº 51; Duvergier, nº 155; — Cass., 26 juin 1822, Dev. Pal.

(5) Merlin, Rép., vº Emphyt., § 3; Persil, Hyp., p. 314, nº 15; Dur., nºs 75 à 81, t. 4; nº 268, t. 19; Favard, Rép., vº Hyp., nº 2; Carré, Comp., p. 331; Troplong, Hyp., nº 405, et Louage, nº 50; Duvergier, nº 150, t. 3; — Paris, 10 mai 1831; Cass., 18 juillet 1832; Douai, 15 décembre 1832, Pal.

(6) Duvergier, nºs 173 et 174, t. 3.

L'emphytéose et l'usufruit ont cela de commun, qu'ils affectent la chose (ce sont en effet des droits réels); qu'ils sont susceptibles d'hypothèques (1) de la part du preneur; qu'ils confèrent le droit de percevoir tous les fruits et autres avantages attachés à la propriété, et imposent l'obligation d'en supporter les charges annuelles, telles que les contributions et autres qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits. — Ils diffèrent sous plusieurs rapports : 1° l'emphytéose ne s'éteint pas, comme l'usufruit, par la mort de l'emphytéote : le droit passe aux héritiers; — 2° elle ne peut être établie que sur des immeubles, tandis que l'usufruit peut reposer sur toute espèce de biens, meubles ou immeubles; — 3° l'emphytéote est tenu, en général, des grosses réparations; l'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien (605); — 4° l'emphytéote peut changer la substance de la chose (Duvergier, n° 172); l'usufruitier ne jouit que *salvâ rerum substantiâ;* — 5° il est tenu de payer une redevance; — 6° enfin, il ne doit pas de caution (2).

L'emphytéose a cela de commun avec le louage, qu'elle oblige à payer une redevance; — mais il y a cette différence, que la redevance peut être de beaucoup inférieure à la valeur des fruits annuels; car elle a pour objet principal de reconnaître le domaine direct. — Bien plus : la redevance peut être convertie en un prix déterminé; car ce contrat, nous le répétons, n'a d'autres règles que la volonté des parties; mais alors, on ne peut voir dans la convention qu'une vente du droit de superficie (Dur., n° 75). — L'emphytéose est un droit réel, immobilier, un quasi-domaine; tandis que le louage ne constitue qu'un droit mobilier (3).

La règle qui attribue au droit le caractère de son objet souffre trois exceptions : elles résultent de trois décrets rendus les 16 janvier, 1er mars 1808 et 16 mars 1810. — Le premier est relatif aux actions de la banque de France; il porte (art. 7) : « Les actionnaires qui vou-
» dront donner à leurs actions la qualité d'immeubles en auront la
» faculté, et, dans ce cas, ils en feront la déclaration dans la forme
» prescrite pour les transferts. — Cette déclaration une fois inscrite
» sur le registre, les actions immobilisées resteront soumises au Code
» civil et aux lois de priviléges et d'hypothèques, comme les pro-
» priétés foncières; elles ne pourront être aliénées, et les priviléges
» et hypothèques être purgés, qu'en se conformant au Code civil et
» aux lois relatives aux priviléges et hypothèques sur les propriétés
» foncières. »

Le deuxième permet d'immobiliser les rentes sur l'Etat. L'art. 3 porte : « Les rentes seront immobilisées par la déclaration que fera le
» propriétaire dans la même forme que pour les transferts de rentes. »

Art. 4. « Les rentes ainsi immobilisées continueront à être inscrites
» sur le grand-livre de la dette publique pour mémoire, avec déclara-

(1) Duvergier, n° 181, t. 3; Troplong, Louage, n°s 40 et 460; Merlin, Emphyt., § 1er, n° 6.
(2) Duvergier, n°s 97, 469 et suiv.; Proudhon, 40 et suiv.
(3) Cass., 12 mars 1845, Pal., 1845, 1, 525.

» tion de l'immobilisation, et seront en outre portées sur un livre » particulier. »

Le troisième décret permet également aux porteurs d'actions de la compagnie des canaux d'Orléans et du Loing d'immobiliser ces actions, en manifestant leur volonté à cet égard. L'immobilisation de ces sortes de droits étaient d'un fréquent usage autrefois, lorsqu'il s'agissait de former un majorat.

Depuis ces décrets, il conviendrait peut-être de substituer à l'expression *immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent*, celle-ci, beaucoup plus large, qui est employée quand il s'agit des meubles : *immeubles par la détermination de la loi;* elle embrasserait tous les cas.

— Les observations qui précèdent rendent facile la solution des questions suivantes, questions que nous devons poser cependant, parce qu'elles sont soulevées par la doctrine :

Quelle est la nature d'une obligation facultative (sorte d'obligations ainsi appelées, parce qu'elles ont pour objet une chose, avec faculté pour le débiteur de livrer une autre chose à la place)? Il faut considérer la nature de la chose sur laquelle porte le droit du créancier : si c'est un meuble, l'obligation est mobilière ; dans le cas contraire, elle est immobilière.

Quid si la dette est alternative? par exemple, si je dois une maison ou 10,000 francs (1190)? Le caractère de la créance ne sera déterminé que par le choix que fera le débiteur (si l'alternative a été stipulée en sa faveur), ou le créancier (si le choix lui appartient) ; il faut donc attendre l'événement.—Le caractère du droit reste en suspens jusqu'au payement ; il se trouve alors déterminé d'une manière rétroactive. (Pothier, communauté, nº 74 ; Zach., p. 345.)

Le droit hypothécaire est-il meuble ou immeuble? Quel est le but de l'hypothèque? quel droit confère-t-elle? Le but est de garantir le payement d'une créance. — Le droit est de saisir l'immeuble pour se faire payer sur le prix. — Ce n'est donc point là un *jus in re*, mais une simple affectation spéciale : le créancier ne peut exiger que de l'argent, chose essentiellement mobilière ; par conséquent, l'hypothèque est meuble. — Si je lègue à Pierre une créance de 1,000 fr., par exemple, je lui lègue en même temps, sans avoir besoin de m'expliquer à cet égard, le droit hypothécaire qui la garantit ; on ne saurait admettre que je pusse léguer la créance à l'un et l'hypothèque à l'autre ; l'hypothèque sans la créance n'est rien.

Cette solution nous semble rigoureusement juste et rationnelle ; cependant, nous devons reconnaître que la question est encore l'objet d'une vive controverse : la plupart des auteurs considèrent l'hypothèque comme un démembrement de la propriété ; ce droit, disent-ils, suit la chose (2114) : or, tel est le caractère principal du *jus in re*. La loi elle-même prend soin de déclarer qu'il est réel ; mais, chose étrange, ces mêmes auteurs professent en même temps que l'hypothèque n'est qu'un droit *mobilier* (1).—Pothier, Comm., nº 76, et Zach., t. 2, p. 98, seuls échappent à cette contradiction.

La difficulté provient, observe avec raison Dalloz, nº 151, de ce qu'on a mal à propos confondu le *jus in re*, droit s'exerçant dans une chose, avec le *jus in rem*, droit se poursuivant contre une chose. — Sans doute, l'hypothèque est un droit réel, mais en ce sens qu'elle affecte l'immeuble à la sûreté de la créance ; que la loi, en vertu de sa toute-puissance, personnifie l'immeuble, et le considère

(1) Delv. sur l'article 2118; Persil sur l'article 2118; Dur., nº 241 ; Troplong sur l'article 1709.

comme solidairement tenu de la dette.—L'hypothèque ne constitue donc point un démembrement de la propriété ; le créancier ne se prétend point propriétaire ; il agit seulement *in rem*, pour obtenir le payement de ce qui lui est dû ; l'immeuble n'est que l'intermédiaire par lequel son droit se réalise.—S'il était vrai que l'hypothèque fût un *jus in re*, le créancier n'aurait aucune mesure de publicité à prendre pour assurer entre ses mains sa propriété ; or, nous voyons, au contraire (2106 et 2134), que l'hypothèque ne se conserve qu'au moyen d'une inscription au bureau des hypothèques. —D'ailleurs, quel sera le droit du créancier si le détenteur de l'immeuble affecté commet des dégradations? Il pourra demander ou un supplément d'hypothèque ou son remboursement, rien de plus : sous quelque rapport que l'on envisage sa position, il ne peut prétendre qu'à de l'argent ; l'immeuble n'est qu'un sujet passif; donc l'hypothèque est un droit mobilier (1). — Au surplus, cette théorie est sans importance pratique.

Le locataire d'un immeuble a-t-il un droit réel sur cet immeuble? Il ne peut prétendre qu'à des fruits ; ces fruits, par rapport à lui, sont considérés comme séparés du sol, et par conséquent comme objets mobiliers; donc le droit du locataire est meuble.—Cependant, Troplong, sur l'art. 1743, soutient que le droit du bailliste est *in re :* Le bail, dit ce jurisconsulte, a une existence indépendante ; il s'exerce pour sa durée entière contre tout propriétaire de l'immeuble, et suit la chose entre les mains des divers détenteurs : le droit du preneur n'est donc pas relatif, mais absolu ; il n'est pas contre telle personne, mais contre l'immeuble même ; donc ce droit n'est pas *ad rem*, mais *in re.* Ce système est inadmissible. Quel est l'objet de l'obligation du bailleur? C'est de faire jouir (art. 1719, 1720, 1721 et 1726) : faire jouir, c'est un fait personnel ; par conséquent, le droit du preneur est *ad rem mobilem.*—S'il était vrai que le preneur eût un *jus in re*, la chose périrait pour lui ; et cependant nous voyons qu'il peut non-seulement contraindre le propriétaire à faire les grosses réparations, mais encore exiger une réduction du prix, si la chose périt en partie, ou même la résolution, si elle devient impropre à l'usage auquel on la destinait : donc le preneur n'est en rapport avec la chose que médiatement, par l'intermédiaire du propriétaire, et non directement ; donc il n'a qu'un droit personnel pour contraindre le propriétaire *ad faciendum vel ad præstandum.*—Vainement argumenterait-on de ce que le preneur exerce son droit lors même que la chose a successivement passé entre les mains de plusieurs acquéreurs : il ne s'ensuit pas pour cela que ce droit soit réel : le bailleur qui doit faire jouir n'est pas affranchi de ses obligations ; ce n'est point contre le détenteur de l'immeuble, ou mieux contre l'immeuble (*in rem*), que le preneur agira, si l'on met obstacle ou si l'on diminue sa jouissance; c'est contre l'ancien propriétaire bailleur : par conséquent, le droit reste personnel. — L'acquéreur, il est vrai, sera tenu de respecter le bail (bien entendu, s'il est authentique); mais pourquoi? parce qu'il n'a pu acquérir que sous cette condition : l'aliénation, dit Proudhon, n'est consentie ou censée consentie qu'à charge par le tiers acquéreur d'entretenir le bail, toujours sauf la responsabilité du bailleur envers le preneur (2).—S'il était vrai que le droit du preneur fût *in re*, il s'ensuivrait qu'un tuteur ou un mari ne pourrait ni affermer les immeubles du pupille et de la femme, ni consentir la résiliation des baux (450, 1428). Enfin, il faudrait déclarer ce droit susceptible d'hypothèque (2118), conséquences qui seraient subversives des principes les plus élémentaires du droit.

(1) Dalloz, nº 151; Marcadé sur l'article 526.

(2) Demante, Pr.; Dur., nº 75; Duvergier; Zach., p. 344; Marcadé sur les articles 526 et 595; Dalloz, nº 138.

CHAPITRE II.

DES MEUBLES.

Tous les biens qui ne rentrent pas dans l'une des classes d'immeubles que nous venons d'examiner sont meubles.

La loi distingue deux sortes de meubles (527) : — elle détermine la classe dans laquelle doivent être rangés certains biens qui, à raison de leur importance, pourraient être considérés comme immeubles (531, 532) ; — elle pose ensuite les règles du rachat des rentes (530) ; — puis enfin elle fixe le sens légal de quelques expressions qui reçoivent, dans le langage familier, plus ou moins d'extension.

527 — Les biens sont meubles par leur nature, ou par la détermination de la loi (1).

= En d'autres termes, on distingue deux sortes de meubles : les meubles corporels, et les meubles incorporels ; ou mieux les droits que la loi déclare meubles à raison de leur objet.

Meubles par leur nature.

528 — Sont meubles par leur nature, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées (2).

= Ainsi, on distingue deux sortes de meubles : ceux qui se transportent d'eux-mêmes (*meubles vifs*) ; ceux qui ne peuvent changer de place que par l'effet d'une force étrangère (*meubles morts*).

Inutile de dire qu'il faut excepter de cette disposition les meubles qui sont devenus immeubles par destination, d'après les règles ci-dessus établies.

La distinction consacrée par cet article est purement théorique ; elle n'a pas d'utilité pratique.

531 — Les bateaux, bacs, navires, moulins et bains sur bateaux, et généralement toutes usines non fixées par des

(1) On observe que le législateur s'est servi, pour les meubles, d'une autre expression que pour les immeubles : il a sans doute considéré qu'il serait impropre d'employer la qualification de meubles par l'objet auquel ils s'appliquent, pour exprimer le droit sur des choses qui n'ont pas de fixité. — Déjà nous avons eu occasion de dire que cette expression, même en matière immobilière, rendrait mieux la pensée de la loi, à raison de sa généralité.

(2) L'article 528 est inutile, car nous savons déjà que ce qui n'est pas immeuble est meuble.

piliers, et ne faisant point partie de la maison, sont meubles : la saisie de quelques-uns de ces objets peut cependant, à cause de leur importance, être soumise à des formes particulières, ainsi qu'il sera expliqué dans le Code de la procédure civile.

= Tout bâtiment qui n'est point adhérent au sol, quelle que soit son importance, est meuble (519), lors même qu'il est destiné à occuper constamment la même place, comme les bateaux servant au blanchissage (1) : au premier abord, cette disposition paraît superflue; car il va de soi qu'une chose conserve sa nature mobilière, quand elle n'est pas incorporée au sol : mais le législateur a cru devoir s'expliquer formellement sur certains objets qu'on aurait pu considérer comme immeubles, à raison soit de leur volume, soit de leur importance; seulement, il a soumis quelques-uns d'eux à des formes particulières, notamment en ce qui concerne la saisie (*voy.* Pr., 620; Comm., 190-215).

532 — Les matériaux provenant de la démolition d'un édifice, ceux assemblés pour en construire un nouveau, sont meubles jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier dans une construction.

= Les matériaux provenant de la démolition d'un édifice (2) deviennent meubles dès qu'ils en sont détachés, quelle que soit leur destination, lors même qu'en démolissant l'édifice, le propriétaire se serait proposé d'en construire un nouveau à la même place et avec les mêmes matériaux (3).

A plus forte raison doit-il en être ainsi à l'égard des matériaux qui ne faisaient point encore partie de l'édifice démoli : ces matériaux seraient meubles, lors même qu'ils auraient été amenés sur les lieux et disposés pour entrer dans l'édifice ; ils ne deviendraient immeubles qu'au fur et à mesure de leur emploi : la destination ne suffit pas pour immobiliser; le fait est indispensable.

Quant aux matériaux qui n'ont été séparés de l'édifice que momentanément et pour y être replacés, ils ne cessent pas d'être immeubles : tel serait le cas où un propriétaire, voulant réparer sa maison, aurait fait désassembler la charpente et la couverture; *ea quæ ex ædificio detracta sunt ut reponantur, ædificii sunt* (ff., l. 19, t. 1er; ff., l. 17, § 10, *de empt. et vend.*) (4).

Nous étendrons cette règle, par identité de motifs, au cas où la séparation partielle aurait eu lieu par accident; par exemple, par l'effet d'un coup de vent.

(1) Paris, 4 frimaire an XII, Dev. Pal.

(2) *Démolir*, c'est raser entièrement l'édifice : c'est détruire absolument les constructions. — Les réparations ne sont pas des démolitions.

(3) Lyon, 25 décembre 1811, Dev.; D., Biens, no 175, Pal.

(4) Dur., no 502; Dal., nos 174 et suiv.

Meubles par la détermination de la loi.

Les textes que nous allons parcourir donnent lieu à quelques observations critiques ; on observe qu'ils sont incomplets : en effet, ils ne contiennent aucune mention de la propriété mobilière, et cependant nul ne conteste que les meubles peuvent être l'objet du *jus in re*. Le législateur a sans doute considéré que, dans le langage usuel, le droit sur une chose se confond avec la chose elle-même : on dit, par exemple : J'ai tel livre, tel cheval, et non pas : J'ai la propriété de tel livre, de tel cheval.

Ce n'est pas tout : la propriété mobilière, de même que la propriété immobilière, est susceptible de se démembrer : en effet, l'usufruit ou l'usage d'un meuble peut appartenir à une personne, et la nue propriété à une autre. — Toutefois, les meubles ne sont pas susceptibles de servitudes réelles.

Enfin, la loi garde le silence sur les offices de judicature et autres charges vénales (1), sur la propriété littéraire, sur le produit des beaux-arts (2), et sur les fonds de commerce (3) : ce sont là cependant des choses mobilières, puisqu'elles ne procurent autre chose que de l'argent.

529 — Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société.

Sont aussi meubles par la détermination de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur des particuliers.

= La loi déclare meubles :

1° Les *obligations* et *actions* qui ont pour objet des sommes *exigibles* ou des effets mobiliers.

Le mot *obligation* est évidemment employé ici dans le sens de *créance:* il exprime le droit d'exiger la prestation d'une chose mobilière, objet d'un engagement contracté, le *jus ad rem mobilem*. Peu importe que la créance ait pour cause un immeuble vendu, elle ne sera pas moins meuble, car elle a de l'argent pour objet (4) — Peu importe qu'il existe

(1) Zach., p. 347; Dur., n° 162; Dal., n° 212, et v° Office; — Orléans, 12 mai 1829; D., 1829, 2, 196; Dev. Pal.

(2) Dal., n° 212, v° Biens. *Voy.* aussi Brevet d'invention, Propriété industrielle.

(3) Paris, 1er décembre 1834; Dal., v° Hyp ; Turin, 18 septembre 1811; Dal., v° Biens; Cass., 29 novembre 1842, Pal., 1843, 1, 51; 9 messidor an XI, Dev. Pal.

(4) Paris, 27 avril 1814; Dal., v° Abs., n° 297; Riom, 7 avril 1835; Dal., v° Dr. civ.; Bourges, 18 mai 1822; Dal., v° Tierce opp.; Grenoble, 7 janvier 1845; D., p. 45, 2, 160.

un écrit, l'acte ne peut évidemment avoir pour effet de matérialiser le droit qu'il constate.

Le mot *action* n'a pas de sens : évidemment, le fait d'avoir saisi la justice n'est ni meuble ni immeuble : cette expression ne peut désigner ici que le *droit ;* alors, elle est sans utilité; car elle se confond avec le mot *obligation.* (*Voyez*, au surplus, nos observations sur l'article 526.)

Gardons-nous de conclure de cette expression : *exigible*, que les obligations ne deviennent *meubles* qu'à partir du jour où le payement peut être demandé : elle est employée par opposition au droit résultant du placement d'un capital dont on s'interdit d'exiger le remboursement, ce qui a lieu, par exemple, en matière de rente viagère (1978).

2° Les *actions* ou *intérêts dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie.*—Le mot *action* exprime plus spécialement le droit attribué dans le fonds social et dans les bénéfices d'une société soit anonyme (34 Code de com.), soit en commandite (38 Code de com.). — On divise ordinairement par actions le fonds social des sociétés en commandite, quand il est considérable.

L'*action* est représentée par un titre auquel on donne également cette dénomination.

Le droit est cessible soit par la tradition, soit par un transfert inscrit sur les registres, suivant les statuts de la société (36 Code de comm.).

L'action peut se diviser en coupons, c'est-à-dire, en fractions d'action (art. 34 du Code de comm.).

Le mot *intérêt*, opposé au mot *action*, exprime le droit soit dans une société en nom collectif, soit dans une société en commandite non divisée par actions; par exemple, la moitié, le tiers, le quart. — L'intérêt, à la différence de l'action, ne représente pas une valeur fixe; on ne connaît son importance réelle que par l'inventaire annuel. — Ajoutons que les sociétés divisées par actions sont considérées comme des associations de capitaux; tandis que l'intérêt suppose que l'aptitude, la réputation, le travail de la personne, les avantages, en un mot, qu'elle procure à la société, ont été principalement considérés. — Les actionnaires ne sont que de simples bailleurs de fonds; leur responsabilité *ne s'étend pas au delà* de leurs mises: les intéressés, au contraire (hors le cas où ils ne sont que commanditaires), sont tenus sur leurs biens personnels des dettes de la société. — Enfin, l'intérêt ne peut se transférer de la même manière que les actions.

Nous n'étendrons pas plus loin ces distinctions; elles nous entraîneraient hors de notre sujet.

Les actions ou intérêts dans les compagnies (1) et autres sociétés commerciales sont meubles, lors même que des immeubles dépendent de ces entreprises.

La loi ne distingue pas si les immeubles ont été apportés par les associés comme mise sociale (2), ou s'ils ont été acquis par la société

(1) Le mot *compagnie* s'emploie pour exprimer une société dont les opérations s'étendent au loin et dont le capital est considérable.

(2) Cass., 14 août 1833; Dal., n° 190; Dev., 1834, 1, 607, Pal.

pendant sa durée; s'ils servent à l'exploitation, ou si la société a pour objet de les exploiter, ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un pont, d'un canal, d'un chemin de fer; elle est conçue en termes généraux et absolus (1). Les immeubles n'appartiennent pas aux associés, mais à l'être moral appelé *Société :* cet être moral, cette personne fictive, ne leur doit que des bénéfices pécuniaires, c'est-à-dire, des intérêts, des dividendes, de l'argent; donc ils n'ont que des droits mobiliers. Rien de plus simple. — Néanmoins, le législateur a cru devoir s'en expliquer formellement, sans doute parce qu'on aurait pu prétendre que chaque associé, étant propriétaire d'une quote-part du fonds social, se trouvait, dans une même proportion, copropriétaire des immeubles sociaux : cette difficulté ne pourra s'élever.

De cette théorie découlent les conséquences suivantes :

1° Les associés ne peuvent ni aliéner ni hypothéquer, même dans la proportion de leur droit, les immeubles de la société (2); ils ne peuvent que céder leur créance, leur action ;

2° Le droit tombe dans la communauté conjugale (1401) ; c'est dès lors à son profit que se réalisera la copropriété immobilière, si la société vient à se dissoudre.—Cette décision est rejetée à tort par quelques auteurs : Zach., p. 347, et Toullier, t. 12, n° 97, décident que les immeubles provenant de cette source n'entrent pas en communauté; ils argumentent, notamment, de l'article 1408 : mais cet article n'a point de rapport avec notre espèce (3) ;

3° Les créanciers de chaque associé peuvent pratiquer contre lui des saisies-arrêts; mais ils ne peuvent ni prendre hypothèque sur ses biens, ni les faire vendre, même pour la part de leur débiteur, ni en provoquer le partage (4) ;

4° L'action ou l'intérêt se trouvent compris dans le legs que ferait l'un des associés de tout son mobilier (en supposant, bien entendu, que la société ne doive pas finir par cet événement). Le légataire deviendra ainsi copropriétaire des immeubles sociaux, lorsque le partage de l'actif aura lieu.

Si le testateur décède après la dissolution de la société, ou si la société doit se dissoudre par cet événement, c'est par l'effet du partage que seront déterminés les droits du légataire : pourquoi? Parce que, dans cette hypothèse, le légataire ne sera saisi qu'à une époque où le droit du testateur aura cessé d'être exclusivement mobilier. (Dur., n°s 124 et 125; Dal., n° 191.)

Ne perdons pas de vue, surtout, que notre article a pour objet unique de caractériser le droit de l'associé; mais que, par rapport à la société, les choses conservent leur caractère propre : ses créanciers personnels peuvent en conséquence obtenir des condamnations contre

(1) Marcadé, t. 2, p. 409; Dalloz, n° 186. *Voy.* cep. Toullier, n° 98, t. 12.
(2) Dur., t. 4, n° 120; Zach., p. 346; Grenier, Hyp., t. 1er, p. 343.
(3) Dur., n° 127, t. 4; n° 122, t. 14; Dal., n° 192.
(4) Zach., p. 347; Dur., n°s 119 et suiv.; Dal., n° 183; — Paris, 2 mai 1811, Dev. Pal.

elle ; prendre des inscriptions sur les immeubles sociaux ; les faire saisir et vendre, absolument comme s'ils agissaient contre un simple particulier.

Nous avons constamment supposé le cas d'existence de la société, hypothèse prévue par notre article, ainsi que l'indiquent suffisamment ces mots qui terminent le premier alinéa : *tant que dure la société :* si elle vient à se dissoudre, les associés deviennent par ce fait copropriétaires des immeubles sociaux, proportionnellement à leur intérêt; leur droit prend le caractère de la chose à laquelle il s'applique ; il peut être frappé de saisie et licité, etc. : on rentre dans la règle commune.

Le mot *compagnie* indique suffisamment que la loi n'entend parler ici que des sociétés commerciales: or, les sociétés *anonymes*, en *non collectif* ou *en commandite*, sont les seules qui aient ce caractère. La faveur due au commerce a fait établir qu'elles auraient, sous certaines conditions toutefois (37, 42 et suiv. C. de commerce), une existence propre et indépendante. La publicité qu'elles reçoivent a pour but d'instruire les tiers de cette personnification, et de mettre les créanciers personnels de chaque associé à l'abri des fraudes et des surprises.

Dans sa disposition finale, notre article déclare *meubles* les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur des particuliers.

La *rente* est un droit à des redevances périodiques, soit en argent, soit en denrées.—Les redevances prennent le nom d'*arrérages*.

Ce droit peut être établi, soit comme compensation de la cession d'un immeuble, soit comme placement d'un capital, ou, plus généralement, pour toute autre cause que la cession d'un immeuble : par exemple, comme prix de la cession d'une bibliothèque, d'un fonds de commerce, ou comme condition d'une transaction.

Au 1er cas, on donne à la rente, mais improprement, le nom de *rente foncière*. — Nous disons improprement, car ces sortes de rentes ne constituent plus aujourd'hui un droit sur le fonds, un démembrement de la propriété, réservé par le bailleur, un *jus in re;* mais une simple créance : — on l'appelle *foncière*, uniquement parce qu'elle a pour cause la cession d'un immeuble. — Exemple : « Je vous vends un héritage ; vous me servirez en échange une rente de 500 fr. »— Nous reviendrons sur ce point sous l'article suivant.

Au 2e cas, elle est appelée, dans l'usage, *rente constituée*, par opposition aux rentes dites *foncières*.

Dans l'un et l'autre cas, le rentier est censé, par une espèce de fiction, acheter le droit appelé *rente :* le débiteur devient vendeur; la rente est l'objet de la vente.—Nous aurons plus loin occasion de revenir sur ce principe.

Les rentes sont *perpétuelles* ou *temporaires :*

On nomme rentes *perpétuelles*, celles dont la durée est illimitée; — *temporaires*, celles qui ont un terme soit fixe, soit incertain.

Le cas le plus fréquent de rentes temporaires est celui de rentes viagères.

On nomme rentes *viagères*, celles qui ont pour terme la mort d'une ou de plusieurs personnes désignées.

Ces deux sortes de droits ne sont pas soumis aux mêmes règles. (Comp. 1905 et suiv., 1909 et 1912, 1968 et suiv.)

Au surplus, que les rentes soient foncières ou qu'elles soient constituées; qu'elles soient dues par l'État ou par des particuliers; qu'elles soient perpétuelles ou viagères, cela importe fort peu quant à la détermination de la nature du droit : dans tous les cas, il s'agit d'un produit mobilier, par conséquent ce droit est meuble.

Depuis la publication du Code civil, plusieurs dispositions ont autorisé l'immobilisation de certains biens qui, à cette époque, rentraient dans la classe des meubles par la détermination de la loi : nous avons eu plusieurs fois occasion de rappeler que trois décrets, l'un du 16 janvier, l'autre du 1er mars 1808, un troisième du 16 mars 1810, autorisaient l'immobilisation des rentes sur l'État, des actions sur la banque de France et sur la compagnie des canaux d'Orléans et du Loing, pour former les majorats, et que cette immobilisation avait lieu ordinairement.

— De ce que l'article 529 ne parle que des sociétés commerciales, s'ensuit-il que ses dispositions doivent se restreindre aux sociétés en nom collectif, en commandite ou anonymes? Que doit-on décider, par exemple, quant aux sociétés dites *en participation*, c'est-à-dire, aux associations par lesquelles plusieurs personnes se proposent une ou plusieurs opérations isolées, déterminées, dont l'objet est né au moment du contrat, et qui ne doivent pas se prolonger au delà du terme nécessaire pour les mettre à fin : spécialement, si la mise de l'un des associés consiste en immeubles? cet associé sera-t-il dépouillé de la propriété de ces immeubles, tellement que ses créanciers ne pourront plus les suivre entre les mains du gérant, qu'ils seront mobilisés?

La plupart des auteurs étendent au cas d'association les règles de notre article : Le mot *compagnie*, disent-ils, est employé pour exprimer toutes les sociétés de commerce en général : le caractère des sociétés ne saurait être modifié par l'extension plus ou moins considérable de leurs opérations (1).

La cour de cassation va même plus loin : elle décide, en se fondant sur les usages du commerce et sur la jurisprudence qui existait sous l'ordonnance de 1673 (2), que l'entière propriété des objets mis dans l'association en participation est légalement censée résider sur la tête de l'associé administrateur. — Mais ne peut-on pas répondre que ces sortes d'associations ne constituent pas des sociétés proprement dites, des êtres moraux, des personnifications, du moins par rapport aux tiers (Comp. art. 19 et 48 Code de commerce); qu'elles n'ont rien de commun avec les sociétés commerciales; que la loi évite même de leur donner ce nom? il n'y a point de fonds social, point d'actions, point d'intérêts; il n'y a point de publication qui puisse avertir les tiers, point de raison sociale; mais un simple contrat qui se forme par le seul consentement, dont la preuve peut s'établir, suivant les règles ordinaires, par des écrits, par témoins, par des présomptions.—Décider, comme le fait la cour de cassation, que l'entière propriété des objets mis dans l'association est censée résider sur la tête de l'associé adminis-

(1) Zach., p. 546; Toullier, t. 12, nº 96; Pardessus, Dr. comm., nº 1089.

(2) Cass., 2 juin 1834, Dev., 1834, 1, 607, Pal.; Dal., nº 190; 19 mars 1838, Dev., 1838, 1, 345.

trateur qu'il est d'usage de nommer; que, vis-à-vis des tiers, il y a transmission de propriété; appliquer ici, en un mot, les règles des sociétés commerciales, n'est-ce point donner une libre carrière aux fraudes qu'un débiteur de mauvaise foi pourrait aisément pratiquer au *préjudice de ses créanciers?* Un pareil système conduit à ce résultat bizarre, que les immeubles ne pourront plus être atteints par les condamnations que l'un des associés aura personnellement encourues; qu'en mettant en commun ses biens, par une convention peut-être factice, cet associé, par ce seul fait, mobilisera ses immeubles. Que cela ait lieu en matière de sociétés commerciales proprement dites, on le conçoit; car la publicité que ces sociétés reçoivent avertit les tiers; mais ici, point de publicité; un simple acte sous seing privé est passé, et cet acte est le plus souvent occulte. — La décision de la cour de cassation nous paraît tellement extraordinaire, que nous hésitons à l'admettre: sans doute, il faut protéger le commerce; mais, avant tout, il importe de prévenir les fraudes: les créanciers de l'associé ne méritent pas moins de faveur que ceux qui tiennent leur droit de l'associé administrateur. — Au résumé, il nous semble que le droit de chaque associé doit conserver le caractère que lui donne la nature des choses dont il a fait l'apport, tant que ces choses se trouvent entre les mains du gérant; qu'il n'y a point de transmission de propriété, mais une simple convention pour faire une opération en commun: de telle sorte que les immeubles dont il s'agit pourront être frappés d'hypothèque légale ou judiciaire de la part du propriétaire, puisqu'en réalité, l'administrateur n'est que mandataire; qu'ils seront compris dans le legs que cet associé aura fait de tous ses immeubles; en un mot, qu'ils ne seront point mobilisés.

Que doit-on décider à l'égard des sociétés civiles? — La solution qui précède doit en ce cas recevoir son application, *à fortiori*, car on ne peut même invoquer ni les usages du commerce ni la jurisprudence de l'ordonnance de 1673. — Ces sociétés, selon nous, ne peuvent être considérées comme des personnes morales. — Au reste nous reviendrons sur cette question au titre de sociétés.

530 — Toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable.

Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat.

Il lui est aussi permis de stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'après un certain terme, lequel ne peut jamais excéder trente ans : toute stipulation contraire est nulle.

= L'article 530 a été promulgué et intercalé dans le titre qui nous occupe le 31 mars 1804; il a pour objet de lever les doutes qui auraient pu s'élever, sous l'empire du Code, sur la faculté accordée aux débiteurs de s'affranchir du service des rentes qu'ils auraient concédées *pour le prix* ou comme *condition de la cession* d'un fonds immobilier, faculté que leur accordaient les lois des 11 août, 3 novembre, 15-28 mars, 18-29 décembre 1790, 25-28 août 1792, et 17 juillet 1793.

Pour saisir l'esprit de cette disposition, il faut remonter à quelques données historiques :

On distinguait autrefois, ainsi que nous l'avons vu sous l'article précédent, les rentes *constituées* ou crées (*census constituvi*), c'est-à-dire, celles que le rentier avait fait naître à son profit moyennant l'abandon d'un capital qui en était le prix, des *rentes foncières* ou *rentes réservées* (*census reservativi*): ces derniers droits étaient considérés comme des démembrements de la propriété d'un immeuble vendu ou donné : la convention qui avait pour objet cette réserve se nommait *bail à rente.* — La rente était appelée *foncière*, parce qu'elle constituait un droit sur le fonds; parce qu'elle suivait le fonds entre les mains de tout détenteur quel qu'il fût; parce que le possesseur de l'héritage n'était tenu qu'à ce titre du service de la rente, en sorte qu'il lui suffisait, pour se libérer des arrérages à venir, de transmettre l'immeuble à un autre détenteur.

Les auteurs du Code ont maintenu les rentes constituées (1909 et suiv.); nous aurons plus tard occasion d'en parler : mais ils ont proscrit les rentes foncières, comme incompatibles avec nos institutions nouvelles, et surtout à raison des graves inconvénients qu'elles faisaient naître : en effet, d'une part, aucun signe caractéristique ne distinguant les fonds qui étaient soumis à cette charge, le vendeur pouvait aisément, s'il était de mauvaise foi, en dissimuler l'existence et obtenir, par fraude, un prix que l'acheteur n'aurait pas donné s'il eût été mieux instruit; — d'autre part, comme nul, en principe, ne peut être contraint à céder sa propriété, il arrivait que le rentier n'était pas tenu d'accepter le remboursement du capital de la rente; en sorte que le débiteur qui voulait s'affranchir de cette charge se trouvait réduit, s'il ne pouvait vendre l'immeuble, à le délaisser judiciairement : c'était là ce qu'on appelait le *déguerpissement.*

Cet état de choses entravait la circulation des biens; de plus, il était nuisible à l'agriculture, car les propriétaires de fonds grevés de rentes qui en absorbaient le revenu laissaient dépérir leurs propriétés, ou du moins ne faisaient rien pour les améliorer. — Déjà cette dernière considération avait motivé deux ordonnances : l'une de Charles VII, l'autre de Henri II : ces ordonnances permettaient de racheter pour cause d'utilité publique la plupart des rentes foncières existant sur les maisons de ville, au moyen d'un prix primitivement fixé au denier 12, puis au denier 20. (Pothier, Bail à rente, n° 23.)

La loi des 9 et 11 août 1789, abolitive du régime féodal, déclara rachetables indistinctement toutes les rentes foncières (art. 6); et la loi du 18-29 décembre 1790, reproduisant et développant la même disposition, statua en ces termes : « Toutes les *rentes foncières perpétuelles*, de » quelque espèce qu'elles soient, quelle que soit leur origine, à quel- » ques personnes qu'elles soient dues, seront *rachetables*.... Il est » défendu de ne plus, à l'avenir, créer aucune redevance foncière » *non remboursable*, sans préjudice des baux à rentes ou emphytéo » *non perpétuels*, qui seront exécutés pour toute leur durée » pourront être faits à l'avenir pour 99 ans et au-dessous, ainsi qu » baux à vie, même sur plusieurs têtes, à la charge qu'elles n'ex » ront pas le nombre de trois (art. 1er). »

Observons, toutefois, que la loi de 1790 conserva aux rentes foncières leur caractère immobilier; seulement, elle permit de racheter celles qui étaient ou qui seraient à l'avenir constituées à perpétuité, ou pour un terme excédant la limite indiquée. — Ces rentes ne cessèrent d'être regardées comme immeubles qu'à partir de la loi du 11 brumaire an VII sur le régime hypothécaire, qui, tout en maintenant les hypothèques alors existantes, déclara qu'elles ne seraient plus dorénavant susceptibles de ces sortes de charges. Elles se trouvèrent donc atteintes dans leur essence qui était de représenter le fonds; elles furent implicitement mobilisées (1).

Ainsi, depuis la loi du 11 brumaire an VII, il n'y eut plus en France de *rentes foncières* constituant au profit du rentier un *jus in re:* si cette expression a été maintenue dans le langage usuel, ce n'est que pour caractériser les rentes établies au moyen de la cession d'un immeuble.

Cependant, après la promulgation de divers titres du Code, le conseil d'État eut à examiner la question de savoir s'il convenait de rétablir l'usage des rentes foncières telles qu'elles existaient sous notre ancienne jurisprudence: mais le conseil, après une longue discussion, se prononça pour la négative. (Séance du 15 ventôse an XII.) A la suite de cette discussion, afin de lever les doutes qui auraient pu s'élever encore, on crut devoir rédiger l'article 530 : « Si le Code gardait le silence sur les rentes foncières, dit M. Bigot-Préameneu, on pourrait les croire autorisées, en vertu de l'axiome que tout ce que la loi ne défend pas est permis. »

Le bail à rente est donc aboli. — La rente foncière ne subsiste plus avec les caractères qu'on lui prêtait autrefois, c'est-à-dire, comme une charge du fonds, comme un démembrement de la propriété; les rentes, lors même qu'elles ont pour cause l'acquisition d'un immeuble, ne sont plus que de simples créances privilégiées sur l'immeuble, susceptibles d'être purgées (2); elles ne diffèrent en rien, par leur nature, de celles dont le prix a consisté en objets mobiliers, et que l'on désigne sous le nom de *rentes constituées*, bien qu'elles soient soumises à d'autres règles; notamment, comme nous le verrons plus loin, en ce qu'on peut en différer le rachat pendant un temps plus prolongé. (Comp. 530 et 1911.)

La rente foncière peut être constituée de deux manières : *pour le prix* de la vente d'un immeuble; par exemple : « Je vous vends mon héritage moyennant une rente de 1,000 fr.; » — ou *comme condition* de la cession, à titre onéreux ou à titre gratuit, d'un fonds immobilier; par exemple : « Je vous vends ou je vous lègue ma ferme, à charge de servir à mon père une rente de 1,000 fr. que je lui dois à titre d'aliment. » L'article 1121 permet en effet de stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-

(1) Cass., 1er mai 1813, Dev. Pal. L'article 655 Pr. fait allusion à cette disposition de la loi de brumaire.

(2) Merlin, vo Rente constituée, § 2, art. 4, no 5; Dur., no 142; Proudhon, Dom. privé, t. 1er, no 303; Cass., 29 juin 1813, 25 août 1829, Dev. Pal.; 27 novembre 1835, Dev., 1835, 1, 900, Pal.

même, ou d'une donation que l'on fait à autrui. — Au reste, que la constitution ait lieu *pour* le prix ou *comme* prix, cela est fort indifférent: dans l'un et l'autre cas, la loi considère ce droit comme une créance.

De ces principes découlent les conséquences suivantes:

1° La personne qui doit servir la rente est seule obligée; seulement le droit du rentier est privilégié sur les immeubles vendus ou cédés (2103).

2° Le débiteur de la rente peut, en remboursant le capital, se décharger de l'obligation de servir cette rente, attendu qu'il est toujours libre à un débiteur de se libérer (1187): la rente perpétuelle est *essentiellement rachetable*, porte notre article.

Nous avons expliqué, sous l'article précédent, l'origine de cette expression: *rachetable*. — Rappelons-nous que le constituant (le débiteur) est censé vendre un droit de rente moyennant un capital versé entre ses mains: on dit qu'il rachète la rente, lorsqu'il effectue le remboursement de ce capital.

S'il arrive que le prix d'achat de la rente n'ait pas été déterminé dans l'acte constitutif, le rachat a lieu sur le pied du denier 20, conformément à la loi du 3 septembre 1807. — Si le service de la rente a lieu en nature, on observe les règles tracées par la loi du 18 décembre 1790, titre 3, art. 1er et suiv.

3° Le débiteur ne peut se soustraire à l'obligation de servir la rente par le *déguerpissement*, à moins qu'il ne se soit réservé cette faculté: une semblable stipulation n'aurait rien de contraire à l'ordre public.

La loi réserve au *créancier* (c'est-à-dire au rentier) la faculté de régler, par l'acte de constitution de rente, les clauses et conditions du rachat: il peut stipuler, par exemple, que le débiteur ne fera point de payements partiels; qu'il sera tenu de l'avertir un certain temps d'avance; qu'il ne pourra se libérer avant une époque déterminée, pourvu que ce terme n'excède pas 30 années; ce qu'il faut entendre en ce sens, que les effets de la clause qui interdirait le remboursement pendant un temps plus prolongé seraient réductibles à ce terme; par conséquent, il n'y aurait pas nullité; on appliquerait par analogie l'article 1660 C. civ. (1).

Bien que la rente foncière ait perdu son caractère immobilier, gardons-nous de croire, cependant, qu'elle soit soumise en tous points aux mêmes règles que la rente constituée proprement dite: assurément, les rentes ont cela de commun, que le débiteur peut en opérer le rachat quand elles ont été créées en perpétuel, qu'elles sont mobilières, et que le créancier (le rentier) ne peut forcer le débiteur à se libérer tant que les arrérages sont régulièrement payés (1912).

Mais on signale les différences suivantes:

1° Dans la rente foncière, le créancier (le rentier) est privilégié sur l'immeuble pour le montant de la rente (2103); dans les rentes consti-

(1) Dur., n° 158; Toullier, t. 2, p. 172; Dal., n° 267.

tuées, il n'y a pas de privilége : s'il existe une hypothèque, cette hypothèque ne peut être que conventionnelle.

2° Dans les rentes foncières, si le débiteur ne paye pas les arrérages, le créancier peut, dès le premier terme, après avoir mis le débiteur en demeure, soit par une sommation, soit par un commandement (si l'acte est authentique), faire résoudre le contrat (1184).—Dans les rentes constituées, la résolution ne peut avoir lieu qu'autant que le débiteur de la rente a cessé de remplir ses obligations pendant deux années (1912).

3° Dans les rentes foncières, le créancier pourrait valablement, en vertu de la règle qui l'autorise à régler les clauses et conditions du rachat, stipuler que les arrérages annuels excéderont le taux ordinaire de l'intérêt du capital à rembourser pour le prix du rachat : par exemple, qu'un immeuble évalué 20,000 fr. produira une rente de 1,500, fr.; il n'aurait pas cette faculté si la rente était constituée à prix d'argent (art. 1909). — Pourquoi cette différence? Dans le contrat de vente, le prix s'élève en raison des convenances personnelles; il était libre à l'acquéreur de ne point accepter les conditions du vendeur; l'excédant est considéré comme une portion du prix, payable chaque année, en même temps que les arrérages; comme une augmentation, non des intérêts, mais du capital; ces considérations ne se présentent pas, lorsque la rente a pour cause la prestation d'une somme d'argent ou autres choses mobilières: en ce cas, le contrat serait usuraire s'il existait entre les arrérages et le capital qui les produit une proportion qui excédât l'intérêt légal (1907).

Que devrait-on décider dans l'hypothèse inverse où le capital à rembourser dépasserait de beaucoup celui que représenteraient les arrérages calculés au denier vingt? Tout soupçon de fraude disparaitrait alors; car, loin d'être pressuré, le rentier obtiendrait une faveur: nous donnerons pour exemple le cas où il serait convenu qu'une rente de 1,000 fr. ne s'éteindrait que par le remboursement d'une somme de 30,000 fr. — Toutefois si l'excédant était trop considérable, si les circonstances démontraient que le créancier a voulu simplement éluder la disposition qui déclare essentiellement rachetables les rentes créées à perpétuité, il va de soi qu'on n'y aurait pas égard (1).

Le créancier ne peut stipuler, comme condition nécessaire, que l'extinction de la rente n'aura lieu que par l'abandon du fonds; car ce serait lui enlever la faculté de rachat (Proudhon, n° 292; Toullier, p. 172). —Mais rien ne s'oppose à ce que le débiteur se réserve l'alternative ou de rembourser le capital, ou de déguerpir : cette stipulation n'a rien de contraire au vœu de la loi (Dal., n° 209).

4° Enfin, dans la rente foncière, le créancier peut interdire au débiteur le droit de racheter avant un espace de trente années (530); dans la rente constituée proprement dite, la prohibition n'est valable que pour dix ans (1911).

(1) Pothier, Bail à rente, n° 29; Proudhon, n° 288; Dur., n° 157; Dal., n° 208.

Duranton, nos 147 et suivant, et Toullier, t. 2, p. 173, distinguent le cas où la rente est constituée *pour le prix*, de celui où elle est constituée *comme prix*.—Dans le premier cas, disent ces auteurs, la rente est substituée au prix : si le débiteur ne remplit point les obligations qui lui sont imposées par l'article 1912, le créancier ne peut prétendre qu'au remboursement du capital de la rente : ainsi, la vente est maintenue; il s'opère une novation qui substitue une rente à la créance du prix, en sorte que la rente est véritablement constituée à prix d'argent. — Dans le deuxième, il n'y a pas eu d'estimation faite; la rente est constituée directement et immédiatement, comme condition de la cession de l'immeuble : indépendamment du droit d'exiger le remboursement du capital pour défaut de payement des arrérages et pour les autres causes prévues par l'article 1912, le vendeur peut demander la résiliation du contrat et sa rentrée dans le fonds. Ainsi tout se réduit à une question de formule. — Nous n'hésitons pas à décider qu'en pareille matière, il faut s'attacher à l'intention des parties plutôt qu'aux termes de l'acte : qu'elles aient déterminé d'abord le montant des arrérages, sauf à évaluer ensuite le capital à rembourser pour le rachat, ou qu'elles aient fixé le capital avant de parler des arrérages, cela importe fort peu : la rente n'a pas moins pour cause l'acquisition d'un immeuble.—Il faudrait, pour être conséquent, décider que la stipulation de non-remboursement n'est valable que pour dix ans, lorsque la rente est constituée *pour* le prix (1912); ce qui serait directement contraire au texte formel de la loi.—Au surplus, la discussion au conseil d'État tranche la question : le projet communiqué au tribunat portait : « Toute rente établie à perpétuité, moyennant un *capital en argent*, ou » *pour le prix évalué en argent*, etc. » Ces derniers mots exprimaient la pensée que la rente serait considérée comme constituée : le conseil d'État les a supprimés. Plus tard, il a également retranché ceux-ci : *moyennant un capital en argent*, sur l'observation du tribunat qu'ils contredisaient l'article 1911, lequel porte que le rachat des rentes constituées à prix d'argent ne peut être interdit valablement pour un terme excédant dix années : or, nul doute qu'il aurait également supprimé ces expressions : *pour le prix de la vente d'un immeuble*, si elles avaient le sens que leur attribuent Duranton et Toullier : donc, il faut les interpréter comme s'il était dit : *rente établie comme formant le prix de la vente*. — D'ailleurs, il est déclaré, dans l'exposé des motifs, que l'article 530 n'est relatif qu'aux rentes foncières (Fenet, p. 70) (1). — Libre aux parties de faire novation; elles pourraient valablement convenir, par exemple, après une vente d'immeubles, que le prix, fixé d'abord en argent, sera converti en capital de rentes constituées; rien ne s'opposerait à ce que l'une et l'autre convention résultassent d'un seul et même acte : mais comme il s'agirait alors, pour le rentier, du sacrifice des avantages attachés à la qualité de vendeur d'un immeuble, le doute devrait s'interpréter en sa faveur : la novation ne se présume point;

(1) Dal., no 205.

il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte (1273).

Maintenant, un dernier point nous reste à éclaircir : dans quels cas une rente doit-elle être considérée comme perpétuelle? quels sont les caractères de la *perpétuité*, dans le sens de l'article 530?—Il est d'abord évident que la loi n'entend parler ici ni des rentes viagères, puisqu'elles ont une durée limitée : la vie d'une ou de plusieurs personnes; d'ailleurs, ce contrat est soumis à des règles spéciales (*voy.* 1968 et suiv.); ni des baux emphytéotiques, puisque, dans ces sortes de contrats, la propriété ne change pas de mains : or, la rente foncière suppose nécessairement qu'il y a eu mutation de propriété : — on considère la rente comme *perpétuelle*, 1° lorsqu'elle est créée sans limitation de durée ; 2° pour un temps excédant quatre-vingt-dix-neuf ans; 3° lorsqu'elle est établie sur plus de trois têtes : ainsi, l'expression *perpétuelle* ne doit pas être prise à la lettre ; il faut interpréter l'article 530 par la loi des 18-29 décembre 1790. — Dans les limites déterminées par cette loi, la rente est valablement constituée ; il n'est pas loisible au débiteur de se soustraire, par le versement d'un capital, à l'obligation de la servir pendant le temps fixé ; au delà, elle est remboursable, à la volonté du débiteur.

Mais s'ensuit-il que la constitution de rente *en perpétuel* soit frappée de nullité? Non, assurément; notre texte lui-même repousse une telle conséquence : le contrat est valable en lui-même; seulement, le créancier, auquel il peut importer de se soustraire à un remboursement qui lui occasionnerait l'embarras d'un nouveau placement, peut stipuler, en vertu de l'article 530, deuxième alinéa, que le débiteur de la rente ne pourra user, avant l'expiration de trente années, du droit réservé à tout débiteur de se libérer (1187), quand il le juge convenable.—Ainsi donc, si le débiteur ne rembourse pas le capital de la rente, s'il ne la rachète pas, les effets du contrat continuent, bien qu'il se soit écoulé plus de trente années.

Lorsque la constitution de rente est renfermée dans les termes de la loi de 1790, quelle est la position respective des parties après l'expiration du terme fixé? Si l'immeuble doit appartenir au débiteur, on considère la convention intervenue comme une vente dont le service de la rente temporaire a été le prix (1). — Dans le cas contraire, c'est-à-dire, si la propriété doit rester au créancier, alors c'est une rente foncière, une emphytéose ou un simple bail, suivant l'intention des parties, qui se trouve constitué (2) : le débiteur des redevances n'aura pu, dans l'intervalle, se libérer par le rachat en s'appuyant sur les termes de l'article 530.

A défaut de volonté formellement exprimée, le juge doit prononcer, eu égard aux circonstances.

(1) Merlin, Quest., v° Emphyt., § 5, n° 4; Zach., p. 415; — Cass., 7 et 12 nivôse an XII, 5 octobre 1808 et 8 novembre 1824, Dev. Pal.

(2) Zach., p. 415; Dal., n° 204.

Signification des mots MEUBLES, MEUBLES MEUBLANTS, — BIENS MEUBLES, — MOBILIER, — EFFETS MOBILIERS. — *Ce que comprend* LA VENTE D'UNE MAISON AVEC TOUT CE QUI S'Y TROUVE.

Anciennement, des contestations naissaient fréquemment sur l'étendue que les uns prétendaient attribuer à ces expressions générales : *meubles*, *meubles meublants*, *biens meubles*, *mobilier*, *effets mobiliers*, etc., et sur les restrictions auxquelles d'autres prétendaient les soumettre. — Le législateur s'est proposé d'en fixer le sens dans les articles 533, 534, 535 et 536; il attribue à chacune d'elles celui que leur donne l'usage.

Au surplus, ces articles n'ont rien d'absolu ni d'impératif : ils doivent toujours être entendus *secundum subjectam materiam :* aussi, observe-t-on avec raison qu'ils sont inutiles et même dangereux ; car ils peuvent donner lieu à des erreurs et même à des surprises.

Avant tout, il faut rechercher quelle a été l'intention des parties; les tribunaux ont égard aux circonstances (1).

533 — Le mot *meuble*, employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes actives, les livres, les médailles, les instruments des sciences, des arts et des métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foins et autres denrées ; il ne comprend pas aussi ce qui fait l'objet d'un commerce.

= On donne au mot *meuble* un sens plus ou moins étendu, suivant qu'il est employé seul, ou qu'il est mis en rapport ou en opposition avec d'autres mots.

La loi nous fait connaître les objets que ce mot ne comprend pas, lorsqu'il est employé seul, sans autre addition ni désignation ; elle procède par voie d'élimination :

Lorsque le mot *meuble* est mis en opposition avec le mot *immeuble*, ou lorsqu'il est joint à un autre mot ; par exemple, si un testateur a dit : Je lègue à Pierre mes meubles et à Paul mes immeubles ; ou s'il a dit : Je lègue *mes biens* meubles ou *tous* mes meubles (535) : ce mot reçoit le sens le plus étendu ; il comprend sans distinction tout ce qui n'est pas immeuble.

Quoi qu'il en soit, on remarque avec raison que le législateur est loin d'avoir atteint le but qu'il s'est proposé : en effet, d'une part, il eût été convenable de faire connaître ce que comprend le mot *meuble*, après avoir déterminé ce qu'il ne comprend pas ; d'autre part, il est une foule d'objets que notre article exclut du nombre des meubles sans

(1) Dur., t. 4, p. 168 et suiv.; Zach., p. 543; — Rouen, 27 mai 1846; Paris, 6 janvier 1807, Dev. Pal.

qu'on puisse en apercevoir la cause; *vice versâ*, il en est d'autres qu'il paraît comprendre dans cette énumération et qui semblent devoir en être exclus : par exemple, puisque le mot *meuble*, employé seul, ne comprend pas les pierreries, pourquoi comprend-il les montres et autres objets de cette nature? Pourquoi une charrette est-elle plutôt meuble que les équipages et les chevaux? Pourquoi les collections de tableaux ou de porcelaines sont-elles considérées comme meubles, quand les médailles ne le sont pas?

Enfin, dans aucune de ses dispositions, la loi ne donne au mot *meuble* un sens aussi restreint : par exemple, ce mot, employé dans les articles 452 et 453, comprend assurément certains objets qui ne sont pas énumérés dans l'article 533. — *Voyez* encore les art. 805, 825, 2101, 2102, 2119, 2279. — Aussi, pense-t-on généralement que la disposition de l'article 533 n'est pas limitative : par exemple, le tuteur est tenu, aux termes de l'article 452, de convertir en capitaux productifs tous les *meubles* de la succession échue au mineur; or, certes, on ne saurait admettre qu'il dût conserver en nature les chevaux et équipages, les vins et autres denrées ?

534 — Les mots *meubles meublants* ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, siéges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature.

Les tableaux et les statues qui font partie du meuble d'un appartement y sont aussi compris, mais non les collections de tableaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières.

Il en est de même des porcelaines : celles seulement qui font partie de la décoration d'un appartement, sont comprises sous la dénomination de *meubles meublants*.

= Le mot *meublants* n'est évidemment ajouté que pour limiter le sens étendu du mot *meubles*, et pour le restreindre aux meubles qui servent à orner un appartement.

535 — L'expression *biens meubles*, celle de *mobilier* ou d'*effets mobiliers*, comprennent généralement tout ce qui est censé meuble d'après les règles ci-dessus établies.

La vente ou le don d'une maison meublée ne comprend que les meubles meublants.

= Le mot *biens* ajoute ici à l'acception ordinaire du mot meubles : cette expression, *biens meubles*, comprend dès lors tout ce qui est censé meuble, non d'après les articles 533 et 534, mais d'après les arti-

cles 528 et 529; en un mot, tout ce qui n'est pas immeuble. Ainsi, l'argent comptant serait compris dans le legs des biens meubles, ou du mobilier, ou des effets mobiliers (1).

L'expression *mobilier* n'est pas toujours employée dans le sens étendu que lui donnne l'article 535 : par exemple, si je vends à un tapissier tout mon mobilier moyennant une somme de..... est-ce à dire que j'entende lui céder mes créances, mes rentes et autres titres? Evidemment, il s'agit encore ici d'une question d'intention. Les tribunaux doivent se décider par les circonstances.

Les mots, *maison meublée*, ne peuvent s'appliquer évidemment qu'aux meubles meublants; ils reçoivent un sens plus restreint que ceux-ci : *avec tout ce qui s'y trouve* (*voy.* 536).

536 — La vente ou le don d'une maison, avec tout ce qui s'y trouve, ne comprend pas l'argent comptant, ni les dettes actives (2) et autres droits dont les titres peuvent être déposés dans la maison; tous les autres effets mobiliers y sont compris.

= Les *titres* ne sont qu'une preuve de l'existence des droits; or, les droits ne peuvent être compris dans la vente d'une maison *avec tout ce qui s'y trouve.*

L'expression *dettes actives* s'applique aux créances.

On excepte également l'argent comptant; car la monnaie est moins considérée par rapport à sa substance que sous le rapport de la valeur qu'elle représente.

Malgré la généralité des termes de notre article, il est difficile de penser que certains effets mobiliers, tels que le linge de corps, les hardes et autres objets de cette nature, puissent être compris dans la vente ou dans le don d'une maison avec tout ce qui s'y trouve.

CHAPITRE III.

DES BIENS DANS LEUR RAPPORT AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT (3).

Quelques mots, avant de commencer l'examen de ce chapitre, sur la division des biens en *fongibles* et non *fongibles*, division que certains auteurs indiquent dans le chapitre 2, tandis qu'elle doit être placée sous la rubrique du chapitre 3, puisqu'elle est relative, ainsi que nous le démontrerons, au rapport sous lequel les biens sont considérés.

On entend par *choses fongibles* (du latin *fungi*, *fungor*, faire fonction de), non point celles qui se consomment par le premier usage, comme on l'a dit à tort, mais celles qui, dans l'intention des parties, peuvent

(1) Bordeaux, 28 février 1831, S., 31, 2, 268.

(2) Les dettes sont *actives* par rapport au créancier : *passives*, par rapport au débiteur.

(3) C'est-à-dire, qui en sont propriétaires. Il ne s'agit pas ici de la possession.

être remplacées par d'autres choses de même espèce; ce qui arrive lorsque les contractants ont eu en vue non une chose déterminée, mais une chose quelconque, indiquée seulement par son espèce : *Alter alterius vice funguntur.*

Les choses *non fongibles* sont celles qui doivent être rendues *identiquement;* celles que les parties ont considérées comme corps certains, comme individualités.

Une chose n'est donc pas *fongible* par sa nature; l'intention des parties seule peut la rendre telle.

Dès lors, il faut reconnaître que la définition des choses *fongibles* donnée par les Instituts est ainsi conçue : *Quæ pondere, numero, mensuràve consistunt*, distinction admise par Pothier (Oblig., n° 624), et reproduite par plusieurs auteurs modernes, entre autres par Toullier, t. 4, n° 43, et par Delvincourt, p. 142, t. 1er, n'est exacte qu'autant qu'on se reporte à l'intention des parties; car une chose peut, dans l'usage, se vendre au poids, au compte ou à la mesure, et cependant ne pas être fongible. Par exemple : des sacs d'argent prêtés à un receveur dont les comptes ne sont pas en règle, à charge de les restituer après l'inspection; des pains de sucre prêtés à un marchand pour la montre ne sont pas des choses fongibles. — Au contraire, des chevaux, des meubles quelconques, deviennent choses fongibles, lorsqu'ils ont été prêtés à une personne sous la condition qu'elle en rendra d'autres de même espèce à une époque déterminée.

Comme on le voit, cette distinction ne repose pas sur un caractère absolu, sur les propriétés naturelles et constitutives des choses, mais sur une qualité accidentelle et relative déterminée par l'intention des parties. — Cette distinction est d'une haute importance, surtout en matière d'usufruit (587), de compensation (1291) et de prêt (1892).

Les biens peuvent appartenir aux particuliers, à l'État, aux départements, aux communes, enfin aux établissements publics.

En règle générale, les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent; — les restrictions mises à cette faculté ne sont que des exceptions le plus souvent commandées par l'intérêt public.

Parmi les biens qui appartiennent à l'Etat, aux départements et aux communes, les uns sont exclusivement consacrés à un usage public, les autres n'ont point cette destination. — Les premiers forment le *domaine public*, — les deuxièmes composent le *domaine privé.*

Le *domaine public de l'État* comprend tous les biens déterminés par les articles 538 et 540.

Nous classerons dans cette catégorie les biens affectés à la dotation du chef de l'Etat: ces biens, en effet, sont destinés à soutenir la splendeur de cette haute dignité (1).

Le domaine privé de l'État comprend les choses qui ont cessé d'être affectées directement à l'utilité générale, après avoir fait partie du domaine public :—les biens vacants et sans maîtres, — ceux des personnes décédées sans héritiers (768), — les îles, îlots, atterrissements qui se

(1) *V.* loi du 2 mars 1852, art. 8; sénatus-consulte du 30 mars 1852.

forment dans le lit des cours d'eau navigables ou flottables (560), — les forêts nationales, — enfin certains édifices et monuments qui n'appartiennent ni aux départements ni aux communes.

Le domaine public des départements comprend les routes, les bâtiments destinés au culte, aux tribunaux, etc.; — leur *domaine privé* se compose des forêts, fermes et autres biens qui ne sont point consacrés directement à un usage public. (*V.* loi du 10 mai 1838.)

Le domaine public des communes comprend les chemins vicinaux, les édifices publics, les églises, les cimetières, les places publiques, les fontaines;—leur domaine privé se compose de terrains, bois, bâtiments, usines; du produit des octrois, des bibliothèques, galeries de tableaux, collections d'objets d'art, etc.

Les biens dépendant du domaine public soit de l'État, soit des départements, soit des communes, sont inaliénables et imprescriptibles tant qu'ils conservent leur destination; ils retombent dans le commerce dès que cette destination cesse.

La règle de l'inaliénabilité s'applique même aux choses mobilières: par exemple, il a été jugé qu'un tableau distrait du musée royal pouvait toujours être revendiqué par la liste civile, même entre les mains d'un tiers possesseur qui l'avait acheté dans une vente publique, et que celui-ci n'était pas admis à se prévaloir de la règle. En fait de meubles, etc. (2279) (1).

Les biens qui font partie du domaine privé, se trouvant dans le commerce, sont prescriptibles: mais ils ne peuvent être aliénés que sous certaines conditions et formalités (2), sauf les cas prévus par la loi du 16 septembre 1807, art. 41, et 33 C. civ.

Les contestations auxquelles peuvent donner lieu ces derniers biens sont jugées par les tribunaux ordinaires; toutefois, l'autorité administrative est seule compétente, lorsqu'il s'agit de l'exécution ou de l'interprétation d'un acte émané de l'administration. (*Voy.* Dal., Dom. de l'État et v° Compétence administrative.)

Nul doute que les établissements publics, tels que les hospices, l'Université, les séminaires, etc., peuvent, lorsqu'ils ont une existence légale, avoir des propriétés; le Code civil lui-même le reconnaît dans les articles 1712 et 2227: parmi ces biens, les uns sont seulement inaliénables, d'autres sont à la fois inaliénables et imprescriptibles; — les biens auxquels des lois spéciales n'ont pas imprimé un de ces caractères sont dans le commerce; toutefois ils sont régis par des lois et règlements particuliers (3).

Il n'est question, dans le chapitre qui nous occupe, ni des biens des établissements publics, ni des biens composant les majorats:

On entend par *majorat*, l'ensemble des biens affectés à un titre héréditaire qui doit se transmettre dans une famille, de mâle en mâle et par ordre de primogéniture.

(1) Cass., 10 août 1841; Dal., n° 265, v° Biens et v° Domaine public.

(2) Décret du 22 novembre 1790; loi du 2 mars 1832, art. 8; loi du 10 mai 1838; loi du 18 juillet 1837.

(3) *V.* loi du 16 vendémiaire an VI, 16 messidor an VII sur les biens des hospices; — le dé-

Les biens qui formaient autrefois les majorats étaient placés hors du commerce (1).

La loi pénale prohibe la possession, la vente ou la distribution des armes offensives secrètes ou cachées (314 C. P.) (2); des armes et munitions de guerre (3), des livres, chansons et gravures pour la publication desquels on ne s'est point conformé aux lois sur la presse. (Art. 283-287 C. pén.)

Règles générales sur le droit de disposer.

537 — Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois (4).

Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières.

= Les particuliers ont la libre disposition de leurs biens; telle est la règle générale :

Mais cette règle pourrait être d'une application funeste, si la loi ne surveillait l'usage que chacun peut faire de sa propriété : il a donc fallu, en même temps qu'on assurait aux particuliers la libre disposition de leurs biens, les soumettre à quelques restrictions; d'ailleurs, c'est par cette mesure sage et prudente que la sûreté et la propriété de tous se trouvent garanties.

Le droit absolu n'existe que pour les individus majeurs qui ont le libre exercice de leurs droits. Nous avons vu que l'aliénation, et même l'administration des biens des mineurs ou des femmes mariées, est soumise à des règles spéciales. (*V.* art. 225, 457, 484, 509.)

Quant aux biens qui n'appartiennent pas à des particuliers, le Code ne s'explique pas sur les règles qui leur sont relatives : ces règles sont du ressort soit du droit public, soit des lois administratives.

Il s'agit ici, comme de raison, des biens qui sont dans le commerce.

Domaine public de l'État.

538 — Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer (5), les ports, les havres, les rades, et gé-

cret du 17 mars 1808 sur les biens de l'Université; — la loi du 28 germinal an X et du 2 janvier 1817 sur les établissements ecclésiastiques.

(1) Mortellement frappés par la loi du 12 mai 1835, ils ont cessé de subsister, même à l'égard du chef de l'État depuis la république.

(2) Déclaration du 25 mars 1728; décret du 2 nivôse en XIV et du 12 mars 1806; loi du 24 mars 1834, art. 1er.

(3) Loi du 24 mars 1834, art. 2, 3 et 4.

(4) Ce premier alinéa serait mieux placé dans le titre suivant (*voy.* l'art. 544).

(5) Les lais et relais de mer ne font point partie du domaine public, puisqu'ils ne sont pas *in*

néralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public (1).

=Parmi les biens qui appartiennent à l'État, les uns sont placés hors du commerce, les autres sont susceptibles d'une propriété privée.

On range dans la première classe tous ceux qui sont énumérés dans cet article et dans l'article 540 : ces biens sont inaliénables et imprescriptibles. Mais dès qu'ils cessent d'être affectés à un service public, ils rentrent dans le commerce (2226, 2227).

Un fonds peut cesser de deux manières d'être affecté à un service public : *expressément*, lorsque le gouvernement supprime ce service ; — *tacitement*, lorsque, par un usage contraire, le service qui s'exerçait auparavant sur un fonds a eu lieu sur un autre fonds.

Dans l'un et l'autre cas, le fonds peut alors être acquis par la possession trentenaire commencée en temps utile (Proudhon, Domaine public, chap. 6).

La loi déclare dépendances du domaine public (2) les chemins, routes et rues à la charge de l'État.

On distingue quatre espèces de chemins : 1° les *grandes routes* qui établissent des communications d'une partie de la France à l'autre ; elles sont réparties en trois classes ; ce sont là des biens de l'État ;—2° les *routes départementales*, ainsi appelées parce qu'elles servent de communication entre les chefs-lieux des départements et des arrondissements, ou même entre plusieurs départements : leur entretien est à la charge des départements qu'elles traversent ;—3° les chemins *vicinaux*, c'est-à-dire ceux que l'autorité administrative a reconnus nécessaires aux communications des communes entre elles. — On les distingue des chemins *communaux*, lesquels, sans sortir du territoire de la commune, conduisent d'un hameau à un autre, à une église, à une forêt, à un lavoir, à un pâturage ;—l'entretien de ces deux sortes de chemins est à la charge des communes ; — 4° les chemins *privés* (ordinairement établis pour l'exercice d'un droit de servitude ou pour l'exploitation d'un héritage) : ces chemins appartiennent à des particuliers ; ils sont en conséquence à leur charge.

usu publico : la loi du 1er décembre 1790 considérait les *lais* et *relais* de la mer comme faisant partie du *domaine public*. A l'époque où cette loi fut rendue, on désignait ainsi tous les biens de l'État : mais aujourd'hui que l'on distingue les biens qui sont consacrés à des usages publics des biens de l'État proprement dits, il était illogique de comprendre les lais et relais de la mer parmi les biens placés hors du commerce. Fréquemment, en effet, ils sont l'objet de concessions qui ont lieu même sans publicité ni formalités particulières. (Loi du 16 septembre 1807; ordonnance du 23 septembre 1825.)

(1) Inexactitude : les églises, les places publiques, les hôtels de ville, les hôpitaux, les théâtres, etc., ne font point partie du domaine public de l'État ; ils appartiennent en général à des corporations ; on distingue le domaine communal du domaine public de l'État (Proudhon, *ibid.*).

(2) L'expression *domaine* est synonyme de propriété.

Dans les villes et dans les campagnes, les rues qui sont la continuation des routes à la charge de l'État ou des départements, font partie de ces routes : leur entretien est dès lors à la charge soit de l'État, soit des départements; les autres sont à la charge des communes, de même que les chemins vicinaux ou communaux;

Les fleuves et rivières navigables (1) ou flottables (2).

Le *fleuve* diffère de la *rivière*, en ce qu'il continue son cours jusqu'à la mer;—la *rivière*, au contraire, se jette dans un autre fleuve ou dans une autre rivière.

Les rivages, lais et relais de la mer. — Une ordonnance de 1681 sur la marine porte :

« Est réputé bord ou rivage de la mer, tout ce qu'elle couvre et découvre pendant les nouvelles et pleines lunes, jusqu'où le plus grand flot de mars peut s'étendre. »

Cette disposition ne concerne que l'Océan, car la Méditerranée n'a point de marée. — En ce qui la concerne, le rivage comprend le terrain que couvre le plus grand flot d'hiver. (Instit., § 3, de div. rer.)

Les *lais* sont les amas de terre que la mer forme successivement sur les rivages.

Les *relais* sont ces portions de terrain que la mer ou les rivières abandonnent insensiblement en se retirant.

Nous verrons, art. 556 et 557, que les lais et relais des fleuves et rivières, de même que les rivages, appartiennent aux particuliers.

Il ne faut donc pas confondre les lais et relais de la mer avec les *rivages*.

Les *havres* sont des ports destinés à recevoir des bâtiments peu considérables.

On nomme *rade* cette partie de la mer où les vaisseaux peuvent jeter l'ancre et s'abriter.

Observons, en terminant, que l'art. 538 n'est pas restrictif; on doit, sans aucun doute, classer parmi les dépendances du domaine public : les canaux de navigation intérieure, car ils sont destinés aux transports comme les routes elles-mêmes (loi du 14 floréal an X); ils sont *in usu publico;* — les ponts construits par l'État ou par des compagnies : ces ponts ne sont que des prolongements des routes; — les édifices qu'un acte de l'autorité a consacrés à un service public, etc.

(1) Sur lesquels des bateaux peuvent naviguer.

(2) Sur lesquels des trains de bois peuvent flotter. — Mais les rivières flottables seulement à bûches perdues (ce qui a lieu lorsque le bois est simplement abandonné au courant) ne font point partie du domaine public (Cass., 22 août 1823, S., 24, 1, 4.—Avis du conseil d'État du 22 février 1822, et loi sur la pêche fluviale).

La limite d'un fleuve ou d'une rivière *navigable* ou *flottable* est déterminée par la ligne qu'atteignent les eaux à leur niveau moyen (Rouen, 16 juin 1842, Dev., 1843, 2, 409; Dal., 1843, 2, 169; Pal., 1843, 2, 317; Lyon, 25 février 1843, Dev., 1843, 2, 315; Dal., 1843, 2, 190; Pal., 1844, 1, 472). C'est à l'autorité administrative seule, à l'exclusion de l'autorité judiciaire, qu'il appartient de prononcer sur l'étendue et les limites du lit des fleuves et rivières navigables et flottables (conseil d'État, 13 mars 1844, Dev., 1844, 2, 275).

Les routes départementales et les chemins vicinaux font partie du domaine public, soit des départements, soit des communes; dès lors ils ne sont pas susceptibles de propriété privée.

Domaine privé de l'État.

539 —Tous les biens vacants et sans maître (1), et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public (2).

= La règle établie par cet article est la conséquence nécessaire de l'abolition du droit de premier occupant, droit inadmissible dans une société civilisée.

Ces biens entrent dans le domaine privé de l'État : ils ne sont point placés hors du commerce, comme ceux dont il est parlé dans les articles 538 et 540.—Cette disposition est reproduite dans les articles 713 et 768.

541 — Il en est de même (3) des terrains, des fortifications et remparts des places qui ne sont plus places de guerre : ils appartiennent à l'État, s'ils n'ont été valablement aliénés, ou si la propriété n'en a pas été prescrite contre lui.

= Lorsque les fortifications, les remparts et les terrains qui en dépendent cessent d'être affectés à un usage public, ils deviennent aliénables et prescriptibles comme les biens vacants et sans maître.

Régulièrement, le ministre de la guerre doit donner avis de ce changement aux autorités administratives, conformément à l'article 2, titre 4 de la loi du 8 juillet 1791 : mais il ne suit pas nécessairement de là qu'une déclaration formelle de l'autorité soit nécessaire pour qu'un particulier puisse acquérir par prescription un droit de servitude sur les murs, fossés et remparts des villes qui ont cessé d'être places de guerre, ou même la propriété du terrain qui a servi aux fortifications : ces biens deviennent prescriptibles dès le moment où l'on établit en fait qu'ils sont abandonnés par l'État ; les tribunaux prononcent eu égard aux circonstances (4). (*V.* p. 641.)

(1) Disposition trop absolue : les trésors, les biens perdus, n'appartiennent pas nécessairement à l'État.

(2) Inexactitude : il fallait dire : *à l'État.* (*Voy.* art. 541, 713, 768 et 2227.) — La faute, du reste, ne peut être imputée aux auteurs du Code, car ils avaient ainsi rédigé l'article : *Les biens vacants et sans maître, etc.*, appartiennent à la nation ; mais la personne qui fut chargée, en 1807, de faire au Code diverses corrections, substitua aux mots *à la nation*, ceux-ci : *au domaine public.*

(3) L'article confond les biens qui appartiennent à l'État avec ceux qui dépendent du domaine public.

(4) Garnier, Des chemins, p. 28. Dur., n° 170 ; Proudhon, Domaine public, t. 1er, nos 216 et suiv., p. 320; Vaz., Prescrip., t. 1er, n° 96; Troplong, Prescrip., t. 1er, nos 174 et suiv.; Zach.,

Domaine des communes.

542 — Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants (1) d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis (2).

= On entend en général par *commune*, « une agrégation d'habitants » considérés sous le rapport des relations sociales qui naissent de leur » réunion dans les villes et dans certains arrondissements du territoire » des campagnes (3). »

La commune est composée quelquefois de plusieurs sections, soit qu'elle ait été formée par la réunion de plusieurs communautés indépendantes les unes des autres, soit qu'on ait réuni à une commune un territoire, un village, un hameau faisant autrefois partie d'un autre commune et possédant des biens particuliers : chaque section de commune peut avoir des biens particuliers.

Ainsi que nous l'avons déjà dit, parmi les biens qui appartiennent à la commune, les uns composent son *domaine public*, les autres son domaine privé.—Evidemment, notre article n'entend point parler ici des biens de la première classe, puisqu'ils ne forment point la propriété exclusive des habitants : en effet, d'une part, ils ne peuvent avoir une destination autre que celle qui leur est attribuée par les lois ; d'autre part, les personnes étrangères à la commune en ont la jouissance comme celles qui y sont domiciliées.

Il s'agit donc ici des biens de la 2e classe, du domaine privé de la commune. — Pour saisir le sens de ces mots de l'article 542 : *propriété* et *produit*, il faut savoir qu'on distingue, en matière d'administration, les biens *patrimoniaux* des biens *communaux proprement dits*.

Les premiers sont ceux dont les fruits ne sont pas perçus en nature, mais que les corps municipaux donnent à bail, et dont les revenus sont versés dans la caisse communale pour être employés aux besoins de la communauté : — par conséquent, les habitants ont de fait la jouissance collective de ces biens, mais ils n'en perçoivent pas les fruits séparément.

Les seconds sont ceux dont les habitants partagent les produits en nature; ce qui a lieu quand il s'agit de pacage, de droit d'usage dans les

p. 354; — Cass., 30 juillet 1839, Dev., 1840, 1, 166. — Toutefois, la cour de cassation a précédemment décidé, par plusieurs arrêts, que le changement de destination ne peut résulter que de décisions ministérielles, de procès-verbaux réguliers, de remises ou autres actes équivalents. — Cass., 3 mars 1828, Dev. Pal.; 27 novembre 1835, Dev., 1836, 1, 296; Rennes, 29 février 1820, Dev. Pal.; Grenoble, 2 juillet 1840, Dev. 1841, 2, 171.

(1) Mauvaise rédaction : ce ne sont pas les habitants qui sont propriétaires, mais l'être moral appelé *commune*.

(2) Article copié dans la loi du 10 juin 1793, art. 1er; seulement on a substitué au mot : *commun*, le mot : *acquis*, expression impropre; car il est de la nature des biens communaux d'appartenir à la généralité des habitants de la commune ou de la section de commune.

(3) Art. 8 de la constitution de l'an VIII.

—Les villes, bourgs et paroisses sont régis par une municipalité particulière présidée par un maire.

bois soit de l'État, soit des particuliers (1), ou d'*affouage*. — La coupe annuelle de ces bois se divise par *feux*, c'est-à-dire, par famille. — L'expression *produit*, employée dans notre article, se rapporte principalement aux biens de cette deuxième classe.

Pour jouir des biens communaux, il faut être domicilié dans la commune et y résider.

Les droits dont nous parlons ne sont pas incommutables; ils s'évanouissent dès que les biens sont vendus, affermés, ou lorsqu'ils changent de destination.

Droits que l'on peut acquérir sur les biens.

543 — On peut avoir sur les biens (2), ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre (3).

= Ainsi que nous l'avons fait remarquer plusieurs fois déjà, les droits sont *réels* ou *personnels :*

On nomme *droit réel* (4) (ou absolu) (5) (*lato sensu*), celui qui s'exerce *per se ipsum*, qui s'applique à son objet, qui est identiquement le même contre tout le monde (*idem erga omnes*), que l'on peut opposer à tous.—Appliqué aux biens, le droit *réel* (*jus in re*) affecte la chose; *cum re ambulat.*

On nomme *droit personnel* (ou relatif) (*jus ad rem*), celui qui existe d'une personne à une autre; celui en vertu duquel nous pouvons poursuivre telle personne comme obligée envers nous : *Ad aliquid dandum* (6), *vel faciendum*, *vel præstandum*. — Exemple : vous vous êtes obligé à me livrer un cheval; tant que ce cheval ne me sera pas livré, je n'aurai pas un droit absolu, mais seulement un droit relatif, pour vous contraindre à remplir votre obligation.

(1) On donnait autrefois à ce droit le nom d'*usage* : cette dénomination n'a pas été maintenue. Les *usages* ont été compris par la loi du 10 juin 1793 sous la définition générale de biens *communaux*, et confondus par conséquent avec ceux dont la commune perçoit les revenus comme propriétaire; le Code est conçu dans cet esprit.

(2) Lisez : sur les *choses matérielles*, car les droits sont aussi des biens; or, on ne peut avoir de droits sur des droits.

(3) Notre article ne parle ni du droit d'*usage* ni du droit d'*habitation :* ce silence n'est pas le résultat d'un oubli, comme on pourrait le penser au premier abord : le législateur a voulu se rapprocher autant que possible de la réalité des faits; il a considéré que ces sortes de droits ne sont, en définitive, sous diverses dénominations, qu'un usufruit restreint aux besoins de la personne; qu'en fait, l'*usus* et le *fructus* ne sont jamais séparés; que l'un et l'autre se trouvent toujours confondus dans un droit unique : le *droit de jouir*. — Les articles 543, 526, 578, 626, 627 et 635 gardent également le silence sur ces sortes de droits.

(4) *Réel* n'est pas employé ici suivant son étymologie de *res :* il indique le droit qui n'est pas *in personam*, le droit que l'on a vis-à-vis de tous : la qualité de Français, de fils, de père, d'époux, est un *droit réel.*

(5) Le mot *absolu* ne veut pas dire ici sans bornes : il est pris philosophiquement, par opposition au mot *relatif.*

(6) *Dare*, c'est transférer la propriété; dans la vente, l'échange, la donation, il y a *datio.* — *Præstare*, c'est livrer, procurer, faire avoir une chose à un titre quelconque, mais sans en transférer la propriété.

Il faut ranger parmi les droits réels celui qui résulte de la possession annale (art. 23 Pr.), si cette possession réunit les conditions requises pour conduire à la prescription ; ce qui a lieu lorsqu'elle est paisible, publique, et à titre de propriétaire (2229).

Nous parlons seulement des immeubles : quant aux meubles, il est de principe que possession vaut titre, sauf les cas de perte ou de vol (2279).

On remarque entre les droits réels et les droits personnels les différences suivantes :

1° Les droits réels portent sur une chose ; — les droits personnels ont pour objet l'exécution d'une obligation.

2° Par suite, le droit réel s'exerce contre tout détenteur, uniquement parce qu'il détient ; — le droit personnel est dirigé contre la personne obligée.

3° Lorsque plusieurs personnes ont acquis une même chose à des époques différentes, celle dont le titre est antérieur en date doit l'emporter, si ce titre a date certaine.—Tous les créanciers personnels d'une personne viennent concurremment sur ses biens, sans égard à l'antériorité de leur titre, à moins qu'ils n'aient une cause légitime de préférence.

4° Les droits réels sont essentiellement indivisibles, en ce sens qu'ils affectent la chose dans toutes ses parties. — Les droits personnels sont divisibles ou indivisibles, suivant qu'ils ont pour objet une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle (1217).

Il n'existe qu'une seule classe de droits personnels (1). — On distingue trois sortes de droits réels (*jura in re*) : la *propriété*, l'*usufruit* (expression qui comprend l'usage) et les *servitudes* proprement dites, ou *services fonciers*.

Quant à l'hypothèque, elle constitue également un droit réel, en ce sens qu'elle affecte la chose, qu'elle confère le droit de suite (2114), que le créancier peut se faire payer sur le prix par préférence à ceux qui n'ont qu'une action personnelle, et que l'on désigne pour cette raison sous le nom de chirographaire ; mais ce n'est toujours là qu'un *jus ad rem*, puisque le créancier n'acquiert pas un démembrement de la propriété. (*V.* p. 519, *quest.*)

Certains droits *personnels* s'exercent de la même manière que les *droits réels*, en ce sens que l'on agit sur la personne elle-même : ainsi, le mari peut contraindre sa femme à vivre dans la maison conjugale (*voyez* art. 214) ; un père peut forcer son fils à rentrer soit sous le toit paternel, soit dans la maison où il a été placé pour son éducation (374) ;

(1) Nous entendons parler des droits de créance : gardons-nous de les confondre avec ceux que l'on qualifie de droits personnels, dans un autre sens, pour indiquer tantôt qu'ils s'éteignent avec la personne, comme la rente viagère, l'usufruit, etc.; tantôt qu'ils ne peuvent être exercés que par les personnes en faveur desquelles ils sont établis (1166), comme le droit de demander séparation de corps ou de biens (1446).

un créancier peut, en certains cas et sous certaines conditions, user de la contrainte par corps contre son débiteur (2059 et suiv.).

Enfin, il est des droits qui ont réellement ce double caractère : nous voulons parler de ceux qui confèrent au créancier la faculté d'agir contre tout possesseur, pour le contraindre à faire servir la chose à un usage déterminé; on les nomme pour cette raison : *jura personalia in rem scripta*, droits personnels écrits dans la chose : tel est le droit conféré au fermier ou au locataire par un bail authentique ou par un acte sous seing privé ayant date certaine; ce droit s'exerce contre tout possesseur de l'immeuble, bien que l'action soit réservée contre le bailleur (précédent propriétaire), en cas de trouble, ou lorsqu'il y a lieu de faire de grosses réparations (1743);—tel est également le droit hypothécaire: il affecte, il suit la chose, et cependant le constituant demeure personnellement obligé.

L'article 543 est-il limitatif? La propriété, l'usufruit et les servitudes sont-ils les seuls droits réels que l'on puisse constituer? L'exposé des motifs et la lettre même du Code sembleraient l'indiquer : cependant, il nous semble de toute évidence que le droit d'emphytéose a été maintenu (*v.* p. 614). — Nous en dirons autant du droit de possession : les conséquences légales de ce dernier droit sont d'une haute importance : en effet, il conduit à la prescription de la propriété (2228, 2262 et 2265); il attribue au possesseur le rôle de défendeur, en cas de révendication de la propriété; il donne le droit d'intenter les actions possessoires (23 Pr.) — Le législateur a seulement voulu détruire les vestiges du domaine de supériorité, jadis connu sous le nom de *seigneurie féodale;* les droits féodaux, en d'autres termes.

RÉSUMÉ DU TITRE Ier.

Les biens, soit corporels, soit incorporels, se divisent en meubles et immeubles. — Cette division est d'une application fréquente, surtout dans la pratique (art. 516, p. 595).

Question. —L'obligation de faire prend le caractère de la chose qui en est l'objet. (P. 595.)

CHAPITRE Ier.

DES IMMEUBLES.

Le Code divise les immeubles en trois classes (517) : les auteurs rangent dans une 4e classe les immeubles par la détermination de la loi.

Les textes relatifs à ces diverses matières sont vivement critiqués : on remarque, notamment, qu'ils qualifient d'immeubles par leur nature les choses qui ne sont, en réalité, que des immeubles *par destination ;* —qu'ils déclarent immeubles *par destination*, les choses qui, d'après les règles générales, sont immeubles par leur nature ; — que l'expression immeuble par *destination* a l'inconvénient de ne pas embrasser tous les

cas ; — enfin, que l'énumération des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent est incomplète et inexacte sous plusieurs rapports (*v.* p. 596 et 611). — Au surplus, ces observations n'ont aucune importance dans la pratique.

IMMEUBLES PAR LEUR NATURE. — On désigne ainsi : 1° les fonds de terre ; — 2° tout ce qui fait corps avec le sol, soit *immédiatement*, comme les constructions, les moulins fixés sur piliers *ou* faisant partie d'un bâtiment (519, p. 559), les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage (520, p. 600), les récoltes pendantes par racines, les fruits non encore recueillis (art. 520, p. 601), enfin les arbres non encore séparés du sol (art. 521) ; — soit *médiatement*, c'est-à-dire, les objets mobiliers incorporés dans les bâtiments (art. 519, p. 597).

IMMEUBLES PAR DESTINATION — (*voy.* le sommaire, p. 603). Le Code désigne ainsi toutes les choses mobilières qui, sans être incorporées au sol, s'y trouvent unies accessoirement. — En certains cas, cette accession morale résulte de la nature même des choses : ainsi, les pigeons des colombiers, les lapins des garennes, les poissons des étangs, le gibier enfermé dans un parc, les titres de propriété, les clefs des appartements, les échalas d'un vignoble, sont immobilisés comme faisant un seul et même tout avec le fonds. (*V.* p. 596, 608 et 609.)

Mais, ainsi que nous l'avons fait remarquer, la qualification d'immeubles par destination ne convient qu'aux choses mobilières attachées au fonds, par *le propriétaire*, à *perpétuelle demeure*, *pour l'exploitation* (p. 603, art. 524). — Quand il s'agit d'ornements, l'intention doit se manifester par l'union physique (art. 525, p. 609 et 610).

Pour que les animaux qui se trouvent sur un fonds affermé soient immeubles par destination, il faut : 1° qu'ils aient été livrés au fermier ou au métayer par le *propriétaire* ; — 2° qu'ils aient été livrés pour *la culture* ; — 3° qu'ils demeurent attachés au fonds *par l'effet de la convention*, c'est-à-dire, par le bail.

IMMEUBLES PAR L'OBJET AUQUEL ILS S'APPLIQUENT. — La loi en distingue trois sortes :

L'*usufruit*, les *servitudes* et les *actions* qui tendent à revendiquer des immeubles. — Cette énumération est incomplète ; il faut y ajouter la *propriété* et l'*emphytéose*.

Sous la dénomination d'*usufruit*, la loi nous paraît comprendre également l'*usage* et l'*habitation* ; car ces derniers droits ne sont, en réalité, que des usufruits restreints.

L'*usufruit*, les *servitudes* et la *propriété* sont l'objet de titres spéciaux. (*Voy.* t. 2, 3 et 4.)

L'*emphytéose*, sorte de droit réel (*jus in re*) qui tient du louage et de l'usufruit, créée ordinairement par une convention appelée *bail emphytéotique*, nous paraît avoir été maintenue dans nos lois, toutefois sous certaines modifications (p. 616). — On désigne ainsi le droit résultant de la concession de la superficie d'un fonds, faite pour un certain temps,

moyennant une redevance annuelle. — Cette redevance est appelée *canon emphytéotique* (614).

Quant à cette expression : *actions qui tendent à revendiquer*, etc., elle est impropre. — L'action, employée pour exprimer la procédure, n'est qu'un fait; or, un fait n'est ni meuble ni immeuble. — Le législateur entend donc parler ici du *droit :* mais peu importe alors que la justice soit saisie : ce n'est point ce fait qui peut donner au droit un caractère ; il tire sa qualité de la chose qui en est l'objet (p. 612).

La loi parle de l'*action en revendication* : L'action séparée du droit n'est rien, ainsi que nous venons de le démontrer : il s'agit donc ici du droit de *revendiquer* ; — et alors une double imperfection se manifeste : il *y a inutilité*, car le droit de revendiquer se confond avec la propriété, ou plutôt il n'est que la propriété même : dire qu'on est propriétaire de telle chose, ou qu'on a le droit de la revendiquer, c'est exprimer une même pensée : je suis propriétaire, bien que je ne possède pas. — Il y a *inexactitude* sous deux rapports : 1° parce que le mot *revendiquer* s'applique uniquement à la propriété *d'un corps certain* et *déterminé*, et alors, dans le cas de notre article, il n'a point de sens ; 2° parce qu'il est impropre : le législateur veut évidemment parler du droit qui tend à procurer un immeuble, du *jus ad rem*, du droit que l'on a contre une personne pour la contraindre à conférer la propriété d'une chose immobilière. (*V.* p. 612.)

Questions. — Les obligations facultatives sont meubles ou immeubles, suivant que la chose qui en est l'objet est meuble ou immeuble. (P. 619 et 595.)

Si la dette est alternative, le caractère du droit reste en suspens jusqu'au payement. (P. 619.)

Le droit hypothécaire est meuble. (P. 619.)

Le droit du locataire a le même caractère. (P. 620.)

IMMEUBLES PAR LA DÉTERMINATION DE LA LOI : La doctrine désigne ainsi les droits que la loi permet d'immobiliser, bien qu'ils aient des meubles pour objet : telles sont les rentes sur l'Etat, les actions de la banque de France, celles de la compagnie des canaux d'Orléans et du Loing.

CHAPITRE II.

DES MEUBLES.

On distingue deux sortes de meubles : les meubles par leur nature ; les meubles par la détermination de la loi (art. 527, p. 621).

Meubles par leur nature. — Ce sont les choses corporelles qui peuvent se transporter d'un lieu dans un autre, pourvu qu'elles ne soient pas immobilisées par destination (art. 528).

Dans ce nombre, la loi comprend les navires, les bains sur bateaux, les moulins, et généralement toutes usines *non fixées par des piliers* ET ne faisant point partie d'un bâtiment; en un mot, les choses qui n'adhèrent

point au sol soit *immédiatement*, soit *médiatement* ; — les matériaux provenant de la *démolition* d'un édifice, etc. (532).

Quant à ceux qui n'ont été séparés de l'édifice que momentanément, pour cause de réparation, ils conservent leur caractère immobilier. (P. 622.)

Meubles par la détermination de la loi. — Ce sont les droits relatifs à des objets mobiliers.

La loi déclare tels :

1° Les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou autres effets mobiliers :

Le mot *obligation* est employé ici dans le sens de *créance* ;—le mot *action* exprime le *droit* : il n'a pas une signification distincte de l'obligation. — Le mot *exigible* s'entend d'un capital susceptible *d'être exigé*.

2° *Les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie* (*V.* p. 634). Elles sont meubles vis-à-vis des associés, bien que des immeubles dépendent de l'entreprise, puisqu'ils ne peuvent prétendre qu'à de l'argent que leur doit, sous les conditions convenues, la personne morale appelée *société*. — Lorsque la société se dissout, il est clair que les actions ou intérêts perdent nécessairement leur caractère ; car il ne s'agit plus pour les associés de recevoir des dividendes ou des intérêts, mais de venir au partage du capital social, chacun en proportion des droits que représente son action ou son intérêt : alors le droit est meuble ou immeuble, suivant qu'il a pour objet des meubles ou des immeubles.

Par rapport à la société, les choses conservent, comme de raison, leur caractère, puisqu'elle a une existence propre : les créanciers ou ayants cause sont dans la position où ils se trouveraient vis-à-vis d'un simple particulier.

3° *Les rentes*, etc. On appelle *rente*, le droit à des redevances périodiques, soit en argent, soit en denrées. —Ces redevances prennent le nom d'*arrérages*.

Par une espèce de fiction, le créancier (le rentier) est censé acheter le droit appelé *rente*. — Le débiteur devient vendeur de ce droit.

La rente peut être établie soit comme condition de la cession d'un immeuble (*pour le prix* ou *comme prix*), soit comme placement d'un capital.

Au premier cas, on donne à la rente (mais improprement) le nom de *rente foncière*. (*V.* p. 626.)

Au deuxième cas, elle est appelée *rente constituée*, par opposition aux rentes dites foncières.

Les rentes sont *perpétuelles* ou *temporaires* :—*perpétuelles*, quand la durée du droit est illimité, lorsqu'elles sont constituées pour plus de trois existences d'homme, ou pour plus de 99 ans (p. 626 et 634) ; — *temporaires*, quand elles ont un terme soit fixe, soit incertain.

La constitution de la rente *viagère* est le cas le plus fréquent de rente temporaire *illimitée*.

On nomme *rentes viagères*, celles qui ont pour terme la mort d'une ou de plusieurs personnes désignées.

Les rentes *perpétuelles* sont essentiellement rachetables; car il est toujours permis à un débiteur de se libérer.

Mais le législateur a dû s'expliquer à cet égard sur les rentes dites aujourd'hui *foncières*, parce qu'il entendait modifier sur ce point les règles de l'ancien droit.

Autrefois, la rente foncière (ou rente *réservée*) était considérée comme un démembrement de la propriété (*jus in re*) que le disposant conservait sur l'immeuble vendu ou donné : or, comme nul, en principe, n'est tenu de céder sa propriété, il s'ensuivait que l'acquéreur de l'héritage ne pouvait s'affranchir du service de la rente contre le gré du rentier; le *déguerpissement*, c'est-à-dire, l'abandonnement judiciaire, était sa seule ressource. — Un pareil état de choses entravait la circulation des biens et nuisait à l'agriculture; le législateur a dû y remédier : aujourd'hui, les rentes foncières ne sont plus que des créances, des droits purement mobiliers, qui ne peuvent affecter l'immeuble qu'à titre de privilége ou d'hypothèque : ainsi, la propriété (*plenum dominium*) n'est pas moins transmise au constituant; ce dernier devient uniquement débiteur d'une somme d'argent.

Toutefois, il existe entre les *rentes* improprement appelées *foncières*, et les rentes *constituées* simples (c'est-à-dire, créées pour le versement effectif d'un capital ou autres choses mobilières), trois différences qu'il importe de signaler : 1° dans le premier cas, le créancier peut stipuler que le rachat, c'est-à-dire, le remboursement, ne pourra s'opérer avant un laps de 30 années; dans le deuxième, cette stipulation n'est valable que pour 10 ans; — 2° dans la rente foncière, il y a toujours lieu, pour le créancier, de régler les clauses et conditions du rachat; dans la rente constituée simple, le créancier ne jouit pas de cette faculté ; — 3° dans la rente foncière, si le débiteur ne paye pas les arrérages, le créancier peut, dès le premier terme, après avoir mis le débiteur en demeure, faire résoudre le contrat (1184); dans les rentes constituées (1912), la résolution ne peut avoir lieu qu'autant que le débiteur a cessé de payer les arrérages pendant deux années (p. 631).

Questions. — Les immeubles mis dans une *société en participation* ne sont pas mobilisés vis-à-vis de l'associé qui en a fait l'apport; ils continuent d'appartenir à cet associé, tant que le gérant n'en a pas disposé. (P. 627.)

Même décision à l'égard des sociétés civiles : ces sociétés ne constituent pas des personnes morales. (P. 628.)

Signification des mots *meubles*, *meubles meublants*, etc.—Le législateur s'est proposé de fixer le sens de ces expressions, en attribuant à chacune d'elles celle que consacre l'usage; mais, à cet égard, il n'a rien établi d'absolu (art. 533-536).

CHAPITRE III.

DES BIENS DANS LEUR RAPPORT AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT (ART. 537).

Voir le sommaire (p. 637).

Les biens sont *fongibles* ou non *fongibles*.

Ils peuvent appartenir aux particuliers, à l'État, aux départements, aux communes, aux établissements publics.

On distingue le *domaine public*, *du domaine privé :*

Parmi les biens qui composent le domaine privé des communes, on distingue les biens *patrimoniaux* des biens *communaux*.

Droits que l'on peut acquérir sur les biens. — On peut avoir ou un droit de propriété, ou un droit de jouissance, ou seulement des services fonciers (543) à prétendre. — Cette énumération n'est pas limitative : il faut y ajouter l'emphytéose, l'hypothèque et le droit de possession.

Définition des droits *réels* et des droits *personnels ;* rapports et différences qui existent entre ces sortes de droits (p. 645).

TITRE II.

DE LA PROPRIÉTÉ (1).

Dans l'état primitif, les choses étaient au premier occupant ; la propriété s'acquérait par la possession, et se perdait par cela seul qu'on avait cessé de détenir. L'organisation sociale a eu pour but principal de rendre la propriété permanente et inviolable; d'établir entre la personne et la chose un rapport intime, complétement indépendant de la détention, que le propriétaire seul, par sa propre volonté, pourrait détruire : à partir de ce moment, la propriété est devenue un droit; la possession n'a plus été qu'un simple fait.

Le droit de propriété, cette base fondamentale des États civilisés, est donc au-dessus de toute constitution : méconnaître un tel principe, ce serait nier la société elle-même : le législateur peut réglementer la propriété, mais il ne peut la détruire : son autorité ne va pas jusque-là.

La possession, séparée de la propriété, a conservé néanmoins quelques-uns de ses anciens attributs : elle est un moyen d'acquérir par prescription (2265 et suiv.) ; elle donne au possesseur un droit exclusif aux fruits, pourvu qu'il soit de bonne foi (549-551).

La propriété, considérée par rapport à ses effets, est *parfaite* ou *imparfaite*.

Deux conditions sont requises pour qu'elle soit parfaite ; il faut : 1° qu'elle n'ait pas été démembrée par la concession de quelque droit réel ;—2° qu'elle ne soit pas soumise à l'événement d'une condition suspensive ou résolutoire; — 3° qu'elle ne doive pas se résoudre au bout d'un certain temps déterminé.

Ainsi, la propriété est plus ou moins parfaite, plus ou moins absolue, suivant que les droits dont le propriétaire se trouve investi sont plus ou moins importants, plus ou moins nombreux,

Le droit de propriété est, de sa nature, exclusif et illimité; c'est à celui qui prétend avoir sur la chose d'autrui un droit quelconque, à en justifier : *Quilibet fundus, liber à servitutibus esse præsumitur.*

La propriété peut appartenir à un seul, ou à plusieurs en commun : ces derniers sont appelés *copropriétaires*.

On distingue deux sortes de copropriétés : 1° chacun des communistes est propriétaire d'une part *distincte* dans la chose ; ce qui a

(1) D'après cette rubrique, on pourrait croire que toutes les dispositions du titre sont exclusivement relatives au droit de propriété; cependant, la loi ne s'en est occupée que dans les articles 544, 545 et 552 : les articles suivants concernent l'accession. Quoi qu'il en soit, il a paru logique d'en parler à propos du droit principal : la propriété.

La propriété est aussi appelée *domaine* (*dominium*), pour faire entendre que le propriétaire a un droit exclusif.

lieu lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à plusieurs : il y a copropriété pour les gros murs et pour la toiture; mais, en réalité, chaque étage est l'objet d'une propriété particulière ; ce cas est prévu par l'article 664.—2° Les droits sont *indivis ;* en d'autres termes, ils reposent sur toute la chose et sur chaque partie de cette chose; de telle sorte que les copropriétaires n'ont qu'une quote-part idéale dans un même objet : cette deuxième espèce de copropriété doit seule nous occuper en ce moment; elle est soumise aux règles suivantes :

Chacun des copropriétaires jouit en ce qui le concerne, pour sa part, de tous les avantages attachés à la propriété en général ; il peut disposer librement de son droit indivis.

Mais l'effet des droits hypothécaires ou des droits de servitude qu'il a constitués (lorsqu'il s'agit d'un immeuble) restent en suspens jusqu'au partage, pour se restreindre aux biens qui tomberont dans son lot (1).

L'état d'indivision ne met point obstacle à ce que les créanciers de l'un des copropriétaires, agissant à ce titre, en vertu des articles 1166 et 815, fassent saisir et vendre l'immeuble pour se faire payer sur la part de leur débiteur dans la distribution du prix. — Ce droit appartient aux créanciers chirographaires comme aux créanciers hypothécaires (2).

Chacun des communistes doit jouir de manière à n'absorber qu'une quantité de fruits correspondante à son droit, et à ne point porter atteinte à celui de son copropriétaire : par exemple, il ne peut faire de changements qui modifieraient la nature de la chose, ou l'employer à un usage auquel elle ne serait pas destinée. (Arg. de l'art. 1859, 2°.)

Ils ont le droit de se contraindre respectivement à faire les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation de la chose. (Arg. des articles 1859, n°s 3 et 4, et 656 ; Pothier, n° 192.)

Enfin, nul n'est tenu de rester dans l'indivision (815) : le droit de demander le partage est même imprescriptible ; seulement, cette opération peut être suspendue pendant un temps limité : la convention n'est point obligatoire au delà de 5 années, mais on peut la renouveler (815 et 816).

La loi nous fait connaître les attributs du droit de propriété (544) ; puis elle traite, dans deux chapitres particuliers, du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose et sur ce qui s'y unit ou s'y incorpore (544-545).

544 — La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

(1) Pardessus, Servitudes, n°s 254 et 258; Toullier, n° 573; Zach., p. 405;— Bruxelles, 13 novembre 1808; Cass., 18 mars 1829, Dev. Pal.

(2) Merlin, Quest., v° Exprop. forcée, § 7, n° 4, *in fine;* Zach., p. 406 ; — Paris, 1er juin 1807; Metz, 28 janvier 1818, Dev. Pal.; Liege, 23 janvier 1834, Pal. — *Voy.* cep. Lyon, 9 janvier 1832; Pau, 10 décembre 1832, Dev., 1833, 2, 240 et 381, Pal.

= Le droit romain n'a pas défini la propriété ; on trouve seulement dans les Institutes (§ 4, *de usuf.*) que le propriétaire a *plenam in re potestatem ;* c'est aux interprètes que nous devons cette définition : *jus utendi, fruendi et abutendi, quatenus juris ratio patitur.*—Les auteurs du Code se sont bornés à parler du droit de *jouir*, expression générale qui comprend l'usage et le droit aux fruits, ou plutôt à tous les produits. (*V.* p. 658.)

La définition qu'ils nous ont donnée paraît exacte et complète : le propriétaire a : 1° le droit de *jouir*, c'est-à-dire, de retirer de la chose tous les fruits, tous les avantages qu'elle peut procurer ; —2° le droit de *disposer*, c'est-à-dire, de faire servir la chose à un usage autre que celui auquel elle est par sa nature destinée : il peut, en conséquence, la *dénaturer :* par exemple, d'une terre labourable faire un étang ou un bois; la *détériorer :* par exemple, laisser en friche un terrain fertile; la *détruire :* par exemple, démolir un bâtiment ; enfin il peut *aliéner* soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

Le droit de propriété, avons-nous dit, est, en principe, illimité, inviolable, exclusif.

Des tiers ne seraient pas admis à gêner l'exercice de ce droit, sous prétexte qu'on leur enlèverait pour l'avenir l'espoir d'un avantage : *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* (1).

Quelque absolu que soit le droit de propriété, on ne peut cependant en user d'une manière contraire aux lois et aux règlements : par exemple, il est défendu de vendre des grains en vert, de bâtir sans observer l'alignement prescrit, de chasser en certain temps ; les particuliers ne peuvent se livrer à la culture du tabac (2), au défrichement des forêts (3); le défrichement des marais (4) ne peut avoir lieu que sous certaines conditions, etc.

Il va de soi que cette expression de notre article : *règlements*, s'entend non-seulement des règlements d'administration publique délibérés en conseil d'État, mais encore des règlements locaux (art. 45). (*Voyez*, en outre, les art. 552, 3e alin., 674 C. civ., et 434 C. pén.)

545 — Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité (5).

= En général, nul ne peut être dépouillé de sa chose contre son gré ; mais, comme chacun s'engage tacitement à rendre possible, par quelque sacrifice personnel, ce qui est utile à tous, l'autorité administrative

(1) Zach., p. 594. *Voy.* cep. Metz, 10 novembre 1808 et 16 août 1820, Dev. Pal.

(2) Lois du 28 avril 1816, du 12 février 1835, du 25 avril 1840.

(3) Loi du 22 juillet 1847.

(4) Loi du 16 septembre 1807.

(5) Ce principe a été consacré dans toutes les constitutions qui se sont succédé depuis celle de 1789.

peut exiger la cession d'une propriété pour cause d'utilité publique légalement constatée.

L'expropriation doit être précédée d'un assez grand nombre de formalités que nous ne pouvons rapporter ici : qu'il nous suffise de savoir qu'elle est prononcée par la justice, sur les réquisitions du ministère public, après vérification de l'accomplissement des formes prescrites (*voy.* les lois des 7 juillet 1835, 21 mai 1836 et 3 mai 1841, et l'instruction ministérielle du 24 juin 1836).

Toutefois, comme il est juste que les charges de l'Etat soient supportées également par tous les citoyens, notre article déclare que nul ne peut être dépouillé de sa propriété que moyennant une juste indemnité.

Cette indemnité est réglée soit à l'amiable, soit par un jury; en matière ordinaire, elle doit être acquittée entre les mains des ayants droit *préalablement* à la prise de possession (1).

Nous disons en matière ordinaire; car, par exception, quand il s'agit d'un chemin vicinal, les travaux d'ouverture sont autorisés par arrêté du préfet, avant le payement de l'indemnité.

Une liste de jurés est dressée par le conseil général du département dans sa session annuelle.

Il fait choix, pour chaque arrondissement de sous-préfecture, de 36 personnes au moins et de 72 au plus, parmi celles qui ont leur domicile réel dans l'arrondissement.

La cour d'appel, dans les départements qui sont le siége d'une cour, et dans les autres départements, le tribunal du chef-lieu judiciaire du département (1re chambre, ordinairemeut réunie *en la chambre du conseil*), choisit, sur la liste dressée par le conseil général, un certain nombre de personnes pour former le jury spécial chargé de fixer le montant de l'indemnité.

Le jury doit être composé, savoir : en matière ordinaire, de 16 jurés titulaires et de 4 jurés supplémentaires ; — quand il s'agit d'un chemin vicinal, de quatre jurés titulaires et de trois jurés supplémentaires.

La cour ou le tribunal, suivant les cas, désigne en même temps un de ses membres pour présider aux opérations. — Au jour fixé par ce magistrat, les jurés prêtent serment en audience publique; les parties sont entendues en personne ou par leur conseil. — Le jury se retire pour délibérer : — rentré à l'audience, il fait connaître à haute voix par son président le résultat de sa délibération ; puis il remet au magistrat directeur sa réponse, écrite et signée de tous, aux questions qui lui ont été soumises, seance tenante. — Ce magistrat déclare la décision du jury exécutoire ; il n'a pas à statuer sur l'expropriation ; elle est prononcée par la cour ou par le tribunal même, avant la formation du jury (article 14, loi de 1841).

La disposition de notre article s'applique aux démembrements de la propriété. — Une cause d'utilité privée peut suffire, en certains cas, pour déterminer l'aliénation forcée (*voy.* art. 660, 661, 662, 682, 643) (2).

(1) Cass., 22 janvier 1834, S., 34, 1, 208, Dev. Pal.

(2) Nous nous bornons à esquisser ici les règles à suivre en pareille matière.

Droit d'accession.

La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, a deux conséquences importantes; elle attribue au propriétaire : 1° tout ce que cette chose produit; 2° tout ce qui s'y unit ou s'y incorpore soit naturellement, soit artificiellement.

Les auteurs du Code ont nommé *droit d'accession*, ce double attribut de la propriété, cette acquisition des produits et des choses unies à la chose principale.

Ainsi, l'accessoire n'est pas pour le propriétaire de la chose principale l'objet d'un 2e *dominium* : il n'y a point acquisition d'une propriété nouvelle, mais conséquence, extension, effet d'une propriété antérieure.

Il n'est donc pas rigoureusement exact de considérer l'accession comme un moyen d'acquérir; cette remarque s'applique notamment aux produits de la chose : — les fruits de mon jardin, les marbres, pierres, minéraux ou végétaux extraits de la terre, m'appartenaient avant d'être séparés du sol; les agneaux m'appartenaient quand ils étaient dans le sein de leur mère : mon droit sur ces choses n'est en réalité qu'une continuation de celui que j'avais déjà.

Il y a plus, le mot *accession*, employé pour exprimer l'acquisition des produits, est impropre : en effet, il suppose l'union, l'incorporation d'une chose à une autre : or, les *fruits* ne commencent à former une propriété distincte, et le propriétaire ne les acquiert comme tels, qu'au moment où ils sont détachés du fonds :—même observation à l'égard du croît des animaux.—Dans ces divers cas, dit avec raison Ducaurroy, il y a plutôt *discessio* qu'*accessio*.

Les Romains ne plaçaient pas l'accession au nombre des moyens d'acquérir; Gaïus n'en fait pas mention : quelques commentateurs ont cru, mais à tort, en trouver des traces dans les exemples d'acquisition par le droit des gens que ce jurisconsulte a donnés.—Quoi qu'il en soit, les auteurs du Code ont consacré cette division, sans doute parce qu'elle était admise dans le droit coutumier : au surplus, elle n'a point d'utilité pratique.

546 — La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement.

Ce droit s'appelle *droit d'accession*.

= Pothier, n° 150, et, après lui, presque tous les commentateurs donnent la définition suivante :

« L'accession est une manière d'acquérir par laquelle le domaine de tout ce qui est un accessoire et une dépendance d'une chose est acquis, de plein droit, à celui à qui la chose appartient (*vis ac potestas rei suæ*). »

La loi traite, dans deux chapitres séparés, du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose, et du droit d'accession sur ce qui s'y unit et s'y incorpore.

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LA CHOSE.

On appelle *fruits (proprio sensu)*, les produits périodiques d'une chose, ou ceux que l'on perçoit à l'occasion de cette chose, suivant sa destination.

Ainsi les récoltes, le croît des animaux, la pêche des étangs, les intérêts des capitaux, les loyers des maisons, les arrérages des rentes, sont des fruits proprement dits. — On doit même considérer comme *fruits*, certains produits qui épuisent le fonds : ce qui a lieu quand il s'agit d'une mine ou d'une carrière *en exploitation* (1).

Toutefois, le mot *fruit* ne reçoit cette signification restreinte que par rapport à l'usufruitier, au fermier ou au locataire : vis-à-vis du propriétaire (ou du possesseur de bonne foi, *v.* p. 661), ce mot exprime tous les profits quelconques, même extraordinaires, que l'on peut retirer de la chose, tels que les bois de haute futaie, bien qu'ils ne soient pas mis en coupe réglée, les peaux des animaux, etc. On confond ainsi les *fruits* avec les *produits*, l'espèce avec le genre ; en effet, tous les fruits sont des produits, mais tous les *produits* ne sont pas des *fruits*.

Au surplus, cette confusion est sans conséquence, puisque le droit du propriétaire sur les produits n'est qu'une continuation de celui qu'il avait déjà, quand ils formaient un seul et même tout avec sa chose : notons seulement que l'acquisition des produits extraordinaires est un attribut du droit de propriété : par exemple, il a été jugé que, si un écuyer remporte un prix dans une course avec un cheval qu'il a loué, ce prix appartient au propriétaire du cheval, et non au locataire (2).

547 — Les fruits naturels ou industriels de la terre,
Les fruits civils,
Le croît des animaux,
Appartiennent au propriétaire par droit d'accession.

= La loi distingue trois sortes de *fruits :* les fruits *naturels*, les fruits *industriels* et les fruits *civils*.— La distinction entre les fruits naturels et industriels, importante en droit romain, n'a plus aujourd'hui d'utilité pratique ; elle est purement doctrinale : mais il n'en est pas de même de la distinction entre les fruits naturels et industriels d'une part, et les fruits civils d'autre part.

(1) Dur., n° 348, t. 4; Zach., p. 397.
(2) Paris, 11 février 1808, Dev. Pal.

Nous renvoyons, pour les définitions, aux articles 583 et 584 : il s'agit ici des attributs de la propriété; or, cette distinction n'a point d'intérêt pour le propriétaire, puisque son titre lui donne droit à tous les produits, quels qu'ils soient.

Les fruits appartiendraient au propriétaire du sol, quand même ce serait un tiers qui aurait ensemencé et cultivé : *Omnis fructus non jure seminis sed jure soli percipitur;* sauf l'action en indemnité contre lui pour les frais de labour ou autres, s'il y a lieu.

Le *croît* des animaux est considéré comme *fruit :* il appartient au propriétaire de la femelle, *quia est pars viscerum matris;* parce qu'il faisait corps avec la chose avant de s'en détacher; parce que la propriété se maintient après la séparation.

548 — Les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais des labours, travaux et semences faits par des tiers.

= L'équité ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui : *Non sunt fructus nisi impensis deductis ;* ces sortes de frais sont même privilégiés.

Les fruits appartiennent au propriétaire, qu'il se présente avant ou après la récolte : — *au* 1er *cas*, le tiers n'a qu'une action personnelle pour le remboursement de ses impenses ; — *au* 2e *cas*, il a en outre le droit de retenir les fruits jusqu'à parfait payement (2102 1°, al. 4).

L'article 548 est-il *limitatif*, ou seulement *énonciatif*? Doit-on restreindre ses effets aux frais de labours et semences, ou doit-on les étendre à toutes impenses? La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour ce dernier avis ;

Par suite, il a été jugé que le tiers peut agir en indemnité, ou même exercer le droit de rétention, pour les *engrais*, *frais de transport*, *d'octroi* et autres, qu'il s'est trouvé dans la nécessité de faire pour réaliser la valeur des fruits (1).

Le droit romain n'admettait l'action du tiers qu'autant qu'il était de bonne foi, et qu'il se trouvait en possession du fonds (Instit., de divis., § 30) au moment où il introduisait sa demande. Notre article n'a pas reproduit cette disposition ; sous le système qui nous régit, elle eût été superflue : en effet, d'une part les fruits que le possesseur a perçus lui appartiennent; la loi est formelle; d'autre part, il est tellement équitable de l'admettre à se faire indemniser, s'il a délaissé l'héritage avant d'avoir perçu les fruits, qu'il a paru inutile de lui réserver ce droit par un texte spécial.

Mais alors quelles sont donc les personnes que la loi entend désigner par cette expression : *tiers* ? Elle ne peut s'appliquer ni aux envoyés en possession des biens d'un absent, puisque leurs droits, quant aux fruits,

(1) Dur., n° 349, t. 4; Proudhon, Domaine privé, t. 2, n° 554; — Cass., 15 janvier 1839, Pal., 1839, 1, 169.

sont réglés par l'article 127 ; ni à l'usufruitier, puisqu'aux termes de l'article 585, il n'a rien à réclamer pour les impenses qu'il a faites relativement aux fruits, lors même que son droit s'est évanoui avant qu'il ait pu les recueillir.—Elle ne s'entend pas non plus du tuteur, du mandataire, du gérant d'affaires, puisque la loi a pris soin de régler leurs droits par des dispositions spéciales :— de qui s'agit-il donc? du possesseur de mauvaise foi, c'est-à-dire, de celui qui a géré sans qualité, sachant qu'il n'était pas propriétaire : le doute aurait pu exister à l'égard de ce possesseur; on aurait pu prétendre que son action n'était pas recevable; qu'en faisant des ensemencements, des labours ou autres travaux, il a voulu exercer une libéralité : un texte formel était donc indispensable pour détruire cette présomption, afin de prévenir toutes les difficultés qui auraient pu naître.

Au reste, nous reconnaissons avec M. Ducaurroy que le mot *tiers* est ici impropre : on l'emploie ordinairement pour désigner une personne qui n'est point intervenue soit à un contrat, soit dans une instance; tandis qu'il indique précisément ici l'une des parties principales : le possesseur, celui qui a fait les travaux.

Effets de la possession en ce qui concerne les fruits.

La possession peut être considérée sous deux principaux rapports :

1° Comme moyen d'acquérir la propriété ;

2° Comme un fait qui procure au possesseur le bénéfice des fruits qu'il a perçus. — Nous n'envisagerons les effets de la possession que sous ce deuxième rapport.

Pour faire les *fruits siens*, il faut être de bonne foi (549-550).

549 — Le simple possesseur ne fait les fruits siens (1) que dans le cas où il possède de bonne foi : dans le cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique.

= Celui qui possède (2) une chose qui ne lui appartient pas peut

(1) C'est-à-dire, ne devient propriétaire des fruits qu'il a perçus. — A Rome, le possesseur ne faisait les fruits siens qu'autant qu'il les avait consommés : le mot *fruit* est employé ici dans le sens de *produit* : en effet, le possesseur de bonne foi n'a pas seulement droit aux fruits proprement dits, mais encore aux profits *extraordinaires* qu'il a perçus.

(2) La *possession* consiste dans la détention d'une chose *corporelle* à titre de propriétaire. (§ 30, Inst. de div.). *Tenir une chose* pour un autre, ce n'est pas *posséder*, mais détenir.

Il y a deux éléments dans la possession : le *fait* et l'*intention*. Le *fait*, c'est-à dire la détention par soi-même ou par autrui ;— l'*intention*, c'est-à-dire, la volonté de tenir la chose comme sienne.

Pour conférer la propriété, la possession doit réunir plusieurs caractères (*voy.* art. 2228 et suiv.).

On ne peut posséder matériellement des choses incorporelles ; mais de même que pour les choses matérielles il y a appréhension, de même il y a, pour les choses incorporelles, exercice du droit : c'est là une *quasi-possession*, qui doit, comme la possession *réelle*, réunir deux éléments : l'*intention* et le *fait*.

être évincé par suite de l'action du propriétaire qui la revendique : mais quelle est alors la position du possesseur évincé, relativement aux fruits? La loi distingue : ce possesseur est de bonne foi, ou il est de mauvaise foi :

Le possesseur de bonne foi n'est responsable d'aucune faute; on ne l'astreint pas à restituer les fruits qu'il a perçus paisiblement, et cela pour trois raisons : 1° parce que la perception des fruits nécessite toujours un certain soin, une certaine surveillance ;—2° parce que le possesseur pourrait se trouver ruiné si on l'obligeait à cette restitution; car il a dû nécessairement proportionner ses dépenses à ses revenus ; —3° parce que les fruits (naturels ou industriels) sont devenus meubles au moment où ils ont été détachés du sol; or, en fait de meubles, la possession vaut titre (2279).

Le Code civil n'a point reproduit la distinction que faisait le droit romain entre les fruits seulement perçus et les fruits consommés : aujourd'hui, le possesseur de bonne foi acquiert les fruits naturels, par cela seul qu'ils sont détachés du sol, et les fruits civils dès qu'ils sont échus (1).

Il n'est pas inutile de faire observer que la position du possesseur de bonne foi, par rapport aux produits, diffère essentiellement de celle de l'usufruitier ou du fermier : ces derniers, n'ayant qu'un droit de jouissance, ne peuvent prétendre qu'aux *fruits* proprement dits ; tandis que le possesseur de bonne foi fait siens tous les produits de la chose, quels qu'ils soient ; car il a momentanément les droits du propriétaire : par exemple, il ne doit compte ni des produits des carrières, tourbières, etc., qu'il a ouvertes ; ni de la coupe des arbres de haute futaie qui ne sont pas aménagés.

Il n'en est point ainsi du possesseur de mauvaise foi : il savait que la

On perd la possession, quand un de ces éléments vient à manquer, c'est-à-dire *seu animo*, *seu corpore : animo*, si je cesse de vouloir posséder pour moi; par exemple, si je dispose de la chose en me réservant le droit de l'occuper à titre de locataire ;—*corpore*, si je cesse par une cause quelconque de détenir la chose.

On acquiert la possession par soi-même ou par un autre, par exemple, par un fermier. On la conserve de la même manière.

Peut-on réclamer la chose dont on a été dépossédé? — A l'égard des meubles, on peut les revendiquer pendant trois ans (2279), en cas de perte ou de vol.—Quant aux immeubles, lorsqu'on a acquis le droit de possession, on peut, pendant un an et un jour, se faire réintégrer par l'*action possessoire* (*voy.* art. 23 et suiv. Pr.). — Si l'on a possédé pendant le temps requis pour prescrire, on a la *revendication*.

Au résumé, on distingue en droit : le *droit de propriété*, le *droit de possession* et la *détention*.

Le *droit de propriété* est indépendant d'aucun fait de possession.

Le *droit de possession* appartient au possesseur en vertu de la possession annale (art. 23 Code de pr.).

La *détention* n'est qu'un simple fait dégagé de toute relation soit avec l'acquisition de la propriété, soit avec l'exercice de ce droit.

Cette distinction résout la question de savoir si la possession est un droit réel : la possession ou simple détention, qui n'est qu'un simple fait, ne peut assurément produire de droit réel; mais la possession annale produit ce droit réel, car elle confère la faculté de se faire maintenir en possession (arg. de l'art. 22 Pr.; Toullier, nos 79 et 92; Dur., no 243).—Nous reviendrons sur ces principes au titre de la prescription.

(1) Dur, no 361; Proudhon, no 548.

chose ne lui appartenait pas ; c'est donc pour le propriétaire seul qu'il a joui; dès lors, il est juste de l'obliger à restituer non-seulement les fruits qu'il a perçus, mais encore le prix de ceux qu'il a négligé de percevoir, comme ayant mal géré (1).

Le possesseur est soumis à la restitution des fruits du jour où sa mauvaise foi a commencé ; car les fruits ne sont que l'accessoire du fonds.

Il est bien entendu que l'ancien propriétaire ne serait plus recevable à réclamer, si la possession avait duré assez de temps pour opérer la prescription de la propriété.

La restitution a lieu en nature pour les fruits de la dernière année (129 Pr.) ; pour ceux des années précédentes, le possesseur en rend la valeur suivant les mercuriales du marché le plus voisin ; à défaut de mercuriales, à dire d'experts (2).

550 — Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices.

Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus.

=Deux conditions sont requises pour que le possesseur fasse les fruits siens ; la loi exige :

1° Qu'il ait un titre translatif de propriété (3), c'est-à-dire, une juste cause de possession; un titre tel, qu'en l'absence d'un vice ignoré, il serait devenu immédiatement propriétaire.— On donne pour exemples : la vente ou la donation faite par une personne qui n'était point propriétaire ; la position de l'héritier pour partie qui jouit de tous les biens héréditaires, croyant qu'il est seul appelé à les recueillir : c'est là un point de fait livré à l'appréciation des tribunaux (4).

Nonobstant les termes formels du texte, Zach., p. 422, décide que l'article 550 ne fait point de l'existence du titre une condition distincte de la bonne foi : « Le titre, suivant lui, n'est qu'un moyen de preuve (2265) : il suffit, pour donner droit aux fruits, que l'événement ait été de nature à induire en erreur une personne raisonnable : Je donne mandat à une personne d'acheter en mon nom une maison que je possède ; elle ne l'achète pas et me fait croire qu'elle a fait cette acquisition : je serai de bonne foi ; par suite, je gagnerai les fruits (5). »—Cette opinion ne peut être admise ; l'article 549 ne se contente pas d'un fait, il exige un titre (*voy.* Inst., l. 2, t. 6, § 11, de usucap.) : il y aurait danger à laisser au

(1) Pothier, Propriété, n° 336; Proudhon, Dom. privé, t. 2, n° 552; Toullier, n° 110, t. 3; Delv., p. 11, t. 2; Dur., n° 360.

(2) Toullier, n° 63, t. 7; Rolland, v° Fruits, n° 79.

(3) Il ne s'agit pas ici de l'écrit, *instrumentum*.

(4) Cass., 12 décembre 1826, Dev. Pal. — *Voy.* cep. Toulouse, 6 juillet 1821, Dev. Pal.; Bordeaux, 20 mars 1834, Dev., 1834, 2, 375, Pal.; Cass., 11 février 1835, Dal., 1835, 1, 132.

(5) *Voyez* en ce sens Angers, 9 mars 1825, Dev. Pal.

juge la faculté de rechercher, dans une matière aussi grave, si telle erreur est plausible ; car cette appréciation serait sans limites.

2° Qu'il ignore les vices de son titre : peu importe, du reste, la nature des vices : qu'ils soient de fond ou de forme ; qu'ils entraînent une nullité absolue ou une nullité relative : si le possesseur n'en a pas eu connaissance, ils ne font point obstacle au gain des fruits ; le titre putatif suffit pour en conférer la propriété ; il s'agit d'une question de fait ; les tribunaux prononcent eu égard aux circonstances : leur décision sur ce point échappe à la censure de la cour de cassation (1).

Celui qui acquiert des biens qu'il sait appartenir à un mineur doit être considéré comme possesseur de mauvaise foi, quand les formalités exigées pour l'aliénation de ces biens n'ont pas été remplies ; dès lors, il est tenu de restituer les fruits (2).

On remarque entre la possession à l'effet de prescrire la propriété (2265) et la possession à l'effet d'acquérir les fruits, les différences suivantes :

1° Le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de 10 et 20 ans (2265). — Le vice de forme n'est point un obstacle à l'acquisition des fruits ; car, d'une part, cette circonstance n'exclut pas nécessairement la bonne foi ; d'autre part, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, la loi ne distingue pas (3).

2° Pour prescrire la propriété, la bonne foi se considère au moment où la possession commence (2269) ;—pour l'acquisition des fruits, elle doit exister instantanément à chaque perception, *de momento ad momentum :* le simple possesseur, porte l'article 549, ne fait les fruits siens que dans le cas où il *possède* de bonne foi ; il cesse d'être de bonne foi, porte l'article 550, du moment où les vices de son titre lui sont connus. —De là résultent deux conséquences bizarres : 1° entre deux possesseurs qui étaient de bonne foi lorsqu'ils ont commencé à posséder, l'un découvre les vices de son titre : il ne pourra plus prétendre aux fruits, bien qu'il conserve l'aptitude à devenir propriétaire ; tandis que l'autre, qui n'a pas cessé d'être de bonne foi, conservera tous les fruits qu'il aura recueillis jusqu'au moment où, la prescription de la propriété s'étant opérée, ils deviendront tous deux copropriétaires ;—2° un individu, qui avait été de mauvaise foi dans le principe de la possession, achète l'immeuble, croyant qu'un tiers qui le lui vend en est propriétaire : il devra compte de tous les fruits qu'il aura perçus pendant qu'il était de mauvaise foi, mais il conservera ceux qu'il aura perçus depuis : la différence vient de ce qu'il y a autant d'acquisition que de perception ; au lieu qu'en matière de prescription, il n'y a qu'un seul acte d'acquisition.

(1) Dur., n° 358; — Toulouse, 6 juillet 1821; Cass., 13 décembre 1830, Dev. Pal. ; 5 janvier 1842, Pal. 1842, 1, 166.

(2) Zach., p. 424; — Rennes, 28 janvier 1826; Angers, 9 mars 1825; Bruxelles, 14 décembre 1821; Douai, 7 mai 1819; Toulouse, 6 juillet 1821; Lyon, 29 novembre 1828, Dev. Pal.; Bourges, 11 mars 1837, Pal., 1837, 1, 445.

(3) Angers, 9 mai 1825; Amiens, 18 juin 1814; — Dur., n° 359.

3° Il est des choses qu'on ne peut prescrire : par exemple, un immeuble dotal (2255). Il est aussi des personnes contre lesquelles la prescription ne peut courir (2252, 2253, 2258); — le possesseur de bonne foi gagne les fruits dans tous les cas (Instit., § 12, de usucap.).

4° Enfin, la question de bonne foi doit être envisagée d'une manière distincte par rapport aux divers possesseurs qui se sont succédé ; il n'y a point lieu, comme en matière de prescription, à la continuation de possession : l'héritier gagne les fruits, s'il est de bonne foi, bien que son auteur ait possédé de mauvaise foi ; et *vice versâ*, celui qui a connu les vices de son titre ne peut se prévaloir, pour conserver les fruits, de la bonne foi de son prédécesseur;—il suffit, en matière de prescription, que la bonne foi ait existé dans le principe.

Le possesseur, avons-nous dit, cesse d'être de bonne foi, et par conséquent de faire les fruits siens, à l'instant où les vices de son titre lui sont connus.

Mais quel est ce moment? Faut-il une demande judiciaire? Non, puisque la loi ne l'exige pas; tout se réduit à une question de fait, livrée à l'appréciation des tribunaux : ainsi la mauvaise foi peut précéder la demande (1).

La bonne foi est toujours présumée ; la loi civile ne scrute pas les consciences; c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver (2268) (2).

—Il est de principe que l'héritier continue la personne du défunt ; mais s'ensuit-il qu'il ne fasse pas les fruits siens, bien qu'il soit de bonne foi, si son auteur connaissait les vices de son titre? Distinguons : l'héritier doit, sans aucun doute, rendre les fruits perçus par ce dernier, car cette obligation est une charge de l'hérédité ; mais tous ceux qu'il a perçus *proprio nomine*, de bonne foi (c'est-à-dire ignorant le vice de la possession de son auteur) depuis l'ouverture de la succession, lui sont acquis irrévocablement (549). La loi est conçue en termes généraux ; les règles de la prescription, manière d'acquérir pour laquelle le passé décide de tout, ne sont point applicables ici (2230, 2231 C. c.) : le possesseur acquiert les fruits, parce qu'il les a perçus de bonne foi, et non parce qu'il a possédé assez longtemps pour prescrire ; son acquisition résulte d'un simple fait et non d'un droit; on ne peut, dès lors, raisonner par analogie des règles relatives à la prescription, pour en tirer des conséquences quant aux fruits perçus. On peut prescrire, bien qu'on ait connu, depuis le commencement de la possession, les vices de son titre ; pour acquérir les fruits, il faut être de bonne foi ; pour prescrire, il faut un *juste* titre ; l'article 550 exige seulement un titre.—Qu'on ne dise pas que l'héritier possède au même titre que celui dont il continue la personne; il y a pour lui un titre nouveau, celui d'héritier : c'est sur ce titre qu'il se fonde pour conserver les fruits, tant qu'on n'établit pas que le vice de la possession de son auteur lui était connu.—Toutefois, l'héritier ne pourrait profiter des fruits, si le propriétaire s'était trouvé dans l'impossibilité de recouvrer sa chose ; par exemple, en cas de vol : mais pourquoi? parce que le défunt aurait tacitement contracté l'obligation d'indemniser le propriétaire de la chose volée ;

(1) Dur., nos 360 et suiv.; Delv., t. 2, p. 11; Toullier, t. 3, no 118.—Cass., 30 décembre 1850 et 8 février 1830, Dev. Pal.; Orléans, 19 janvier 1839, Pal., 1839, 1, 233.

(2) Cass., 24 février 1854, Pal.; 8 février 1830, Dev. Pal.; 24 juillet 1859, Pal., 1859, 2, 289; mai 1840 Pal., 1840 153.

l'héritier serait donc tenu de remplir cette obligation : au surplus, ce n'est là qu'une exception. (Dur., nº 357 ; Zach., § 201 ; Marcadé sur l'art. 350 ; Zach, § 201;— Douai, 1er juillet 1840, Pal., 1841, 1, 116 ; Dev., 1840, 2,488 ; Dal., 1841, 298. *Voyez* cependant Proudhon, nº 551 ; Delv., t. 2, p. 215 ; Caen, 25 juillet, 1826, Dev. Pal.)

CHAPITRE II.

DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE A LA CHOSE.

551 — Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après établies.

= La loi considère l'accession sous deux principaux rapports : relativement aux choses immobilières, et relativement aux choses mobilières.

SECTION Ire.

DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSES IMMOBILIÈRES.

Les règles que nous allons parcourir se rapportent :

1º Aux plantations et aux constructions (552-555) ;

2º Aux accroissements résultant du voisinage d'un fleuve ou d'une rivière (556-563) ;

3º A la propriété de certains animaux qui deviennent des accessoires du terrain où ils se trouvent (564).

Droit d'accession relativement aux plantations et aux constructions.

La propriété du sol emporte la propriété de tout ce qui se trouve au-dessus, à telle hauteur que ce puisse être, et de tout ce qui est au-dessous, à quelque profondeur que ce soit : tel est le principe qui domine la matière que nous allons parcourir.—Toutefois, ce principe n'est pas absolu ; les auteurs du Code, s'écartant ici des règles de la législation romaine, se sont uniquement proposé d'établir une présomption légale, présomption qui doit fléchir devant la preuve contraire (1352). Nous verrons, en effet, que la propriété du dessous peut être séparée de la propriété de la superficie, de même que la propriété de la superficie peut être séparée de la propriété du sol (553) (1).

(1) Delv., t. 2, p. 8; Toullier, t. 3, nos 80 et suiv.; Locré, t. 7, p. 139; Dur., t. 4, nos 369 et suiv.; Proudhon, t. 1er, nº 155; t. 6, nos 2980, 2983 et 2990.

552 — La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.

Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre *des Servitudes ou Services fonciers.*

Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police (1).

= Du principe établi dans le 1er alinéa de notre article, il résulte :

1° Que le propriétaire du sol peut faire au-dessus tout ce qu'il juge à propos, sauf les restrictions apportées à cette faculté par les lois et règlements de police ou autres, ou par les servitudes existantes au profit d'un fonds voisin (*voyez* articles 671, 674, 678, 679, 686) : le libre espace, *cœlum*, comme disaient les Romains, lui appartient ;

2° Qu'il peut faire au-dessous toutes constructions et fouilles, tirer de ces fouilles les produits qu'elles sont susceptibles de procurer, sauf également les modifications résultant des lois et règlements; ajoutons, et des *servitudes*. — La loi, il est vrai, parle uniquement des servitudes qui limitent l'usage du droit de propriété au-dessus (671, 674, 678, 679) ; mais il est de toute évidence que ce droit peut être limité par des servitudes acquises au-dessous; le silence du Code vient uniquement de ce que les premières se sont présentées seules à l'esprit du législateur, sans doute parce qu'elles sont les plus fréquentes (2).

Ne perdons pas de vue que la proposition du 1er alinéa est restreinte à la propriété même du sol. Déjà nous avons eu occasion de faire remarquer que la propriété du dessous n'emporte pas celle du dessus, et réciproquement, que la propriété de la superficie (3) n'emporte pas celle du dessous.

(1) Cet article eût été mieux placé dans le chapitre précédent, après l'article 544, puisqu'il a pour objet de déterminer les attributs du droit de propriété : le législateur a sans doute voulu éviter de scinder les règles qu'il se proposait d'établir sur le droit d'accession, relativement aux plantations et aux constructions.

(2) Cass., 7 mai 1838, Pal., 1838, 2, 388.

(3) La propriété de la partie du terrain située au-dessous du sol est soumise à des règles particulières, lorsqu'elle a pour objet, non plus l'utilité privée, mais l'utilité publique et générale, notamment lorsqu'il s'agit de l'exploitation des mines et carrières.

Les masses de substances minérales ou fossiles, renfermées dans le sein de la terre ou existant à la surface, sont classées, relativement aux règles de l'exploitation de chacune d'elles, sous les trois qualifications de *mines*, *minières* ou *carrières*. (*Voy.* la loi du 21 avril 1810.)

Celles qui sont connues pour contenir, en filons, en couches ou en amas, de l'or, de l'argent, du platine, du mercure, du soufre, du charbon de terre, etc. (art. 2), prennent la dénomination de *mines*.

Les *minières* comprennent les minerais de fer dits d'alluvion, les terres pyriteuses propres à être converties en sulfate de fer, les terres alumineuses et les tourbes. (Art. 3.)

553 — Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le pro-

Les *carrières* renferment les ardoises, les grès, les pierres à bâtir, etc. (Art. 4.)

Les mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un acte de concession, délibéré en conseil d'État. (Art. 5.)

Cet acte règle les droits des propriétaires de la surface sur le produit des mines concédées. (Article 6.)

Il donne la propriété perpétuelle de la mine, laquelle est dès lors disponible et transmissible comme tous les autres biens, sans qu'on puisse en être exproprié que dans les cas et selon les formes prescrites pour les autres propriétés. Toutefois, en principe, l'adjudication des fonds de terre emporte vente de la mine, s'il n'y a pas de droit acquis à des tiers. (Cass., 14 juillet 1840, Pal., 1841, 1, 22.)

Par suite, il a été jugé que le propriétaire du terrain dans lequel se trouve une mine a le droit de réclamer une indemnité de celui qui a ouvert l'exploitation sans y avoir été préalablement autorisé par l'autorité compétente. (Cass., 1er février 1841, Pal., 1841, 1, 210.)

Les mines sont immeubles (art. 8); les matières extraites, les approvisionnements et autres objets sont meubles. (Art. 9.)

Nul ne peut faire de recherches, pour découvrir des mines, que du consentement du propriétaire de la surface, ou avec l'autorisation du gouvernement, à la charge, dans ce dernir cas, d'une préalable indemnité envers le propriétaire, et après qu'il aura été entendu. (Art. 10.)

La cour ce cassation a rejeté, par arrêt du 8 août 1839, le système de l'indemnité préalable; mais cette décision est contraire aux textes.

L'indemnité, au lieu d'être fixée par le jury, est déterminée par l'acte même de concession.

Le propriétaire peut faire des recherches sans formalités préalables; mais il est obligé d'obtenir une concession avant d'établir une exploitation. (Art. 12.)

Du moment où une mine est concédée même au propriétaire de la surface, cette propriété est distinguée de celle de la surface, et elle est considérée comme propriété nouvelle sur laquelle de nouvelles hypothèques peuvent être assises (21), sans préjudice de celles qui existeraient sur la surface. (Art. 19.)

Ainsi, la mine est affranchie, par le fait même de la concession, de toutes les charges qui pesaient sur l'immeuble · ces charges sont restreintes à la surface, sauf aux créanciers hypothécaires le droit de se faire colloquer pour l'indemnité. (Art. 18.) — Jusqu'au moment de la concession la propriété de la mine et celle de la surface se trouvent confondues entre les mains du propriétaire du sol.

Tout Français ou tout étranger, naturalisé ou non, peut obtenir une concession de mines (article 13), a charge de justifier des facultés nécessaires pour entreprendre et conduire les travaux, et des moyens de satisfaire aux redevances et indemnités qui lui seront imposées par l'acte de concession. (Art. 14.)

Le gouvernement juge des motifs ou considérations d'après lesquels la préférence doit être accordée aux divers demandeurs de concessions, qu'ils soient propriétaires de la surface, inventeurs ou autres. — En cas que l'inventeur n'obtienne pas la préférence, il a droit à une indemnité qui est réglée par l'acte de concession. (Art. 16.)

L'acte de concession, fait après l'accomplissement des formalités prescrites, purge, en faveur du concessionnaire, tous les droits des propriétaires de la surface et des inventeurs. (Art. 17.)

Les propriétaires des mines sont tenus de payer à l'État une redevance fixe et une redevance proportionnée au produit de l'extraction. (Art. 33 et 34.)

L'exploitation des *minières* ne peut avoir lieu sans permission (art. 57); mais elles ne sont pas l'objet d'une concession : à défaut d'exploitation par le propriétaire ou avec son consentement, la permission d'exploiter peut, s'il ne s'agit pas de tourbière, être accordée à d'autres personnes, à la charge par elles de payer au propriétaire une indemnité dont le montant est réglé soit à l'amiable soit par experts.

La permission détermine les limites de l'exploitation, et les règles sous les rapports de sûreté et de salubrité publique. (Art. 58.)

Les tourbes ne peuvent être exploitées que par le propriétaire du terrain ou de son consentement. (Art. 83.)

Tout propriétaire qui veut commencer à exploiter des tourbes dans son terrain ne peut com-

priétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé, sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment.

= En droit romain, la règle *Ædificium solo cedit* était absolue ; la superficie ne pouvait appartenir qu'au propriétaire du sol. — Le Code, ainsi que nous l'avons déjà vu (art. 552), admet seulement en faveur de ce dernier une présomption légale : il ne dit pas que les plantations, constructions et autres ouvrages appartiennent au propriétaire du sol, mais qu'ils sont *présumés* lui appartenir ; donc la preuve contraire est admise. Mais, nous le répétons, quant au propriétaire du sol, il se retranche derrière la présomption légale établie en sa faveur (1).

Dans une foule de cas, il peut arriver que la superficie soit séparée de la propriété du fonds : ainsi, le propriétaire du sol peut vendre un édifice et se réserver le terrain ; les ponts que l'on construit sur les rivières n'appartiennent pas nécessairement aux riverains ; les étages d'une maison peuvent appartenir à différents propriétaires ; enfin une mine peut être exploitée par un autre que le propriétaire de la surface. (*Voyez* art. 6, 9 et 16 de la loi du 31 avril 1810.)

Lorsqu'un tiers, sans prétendre à un droit de superficie, a fait des travaux sur un fonds dont il s'est trouvé momentanément en possession, ces travaux sont présumés faits par le propriétaire et à ses frais ; c'est au tiers qui réclame à établir son droit à une indemnité : — cette indemnité se règle suivant la distinction établie par l'article 555.

Il en serait ainsi, quand même les travaux auraient été faits par un lo-

mencer son exploitation, à peine de 100 fr. d'amende, sans en avoir fait la demande à la sous-préfecture et obtenu l'autorisation. (Art. 84.)

Quant aux carrières, elles ne peuvent être exploitées que par le propriétaire ou de son consentement. — L'exploitation de celles qui sont à ciel ouvert a lieu sans permission, sous la simple surveillance de la police, et avec l'observation des lois et des règlements locaux. (Art. 81.)

Quand l'exploitation a lieu par galeries souterraines, elle est soumise à la surveillance de l'administration. (Art. 82.)

Voyez les lois 12-20 août 1790 (recherches des mines) ; 23 novembre, 1er décembre 1790 (*contrib.*); 12-18 juillet 1791 (*exploitation*); — arrêté du 3 nivôse an VI (*concession des mines*) ; — lois du 3 frimaire an VII (*contrib.*), du 13 pluviôse an XIII (*Demandes de concessions*) ; lois du 21 avril 1810 et instr. minist. du 3 août 1810 (*régime des mines, etc.; exécution de la loi*); décrets du 18 novembre 1810 (*ingénieurs*), du 6 mai 1814 (*redevances des mines*), du 3 janvier 1813 (*police*), des 22 mars 1813 et 4 juillet 1813 (*exploit. des mines et carrières dans les départements de la Seine et de Seine-et-Oise*), du 24 février 1814 (*compétence*) ; — ord. du 7 juillet 1815 (*administration*), du 21 novembre 1821 (*mines de houilles du département de la Loire*); — loi du 6 avril 1825 (*formation d'un fonds commun*) ; — ord. du 8 juin 1832 (*administ. des mines*); — loi du 28 juin 1838 (*assoc. et exploit. de mines*); — ordonn. du 25 décembre 1838 (*cons. génér. des mines*); — ordonn. du 23 mai 1841 (*enquête administrative en cas d'inondation*) ; — ordonnance du 18 avril 1842, qui prescrit à tout concessionnaire de faire élection de domicile ; — ordonnance du 26 mars 1843 (*mesures de sûreté publique*).

(1) Cass., 7 mai 1838, Dev., 1838, 1, 719; Dal., p. 838, 1, 225; Pal., 1838, 2, 388.

cataire, par un fermier ou par un usufruitier : on présumerait toujours, en faveur du propriétaire, qu'il a payé les frais ; la loi ne suppose pas qu'un tiers ait pu faire bénévolement des dépenses sur le fonds d'autrui (Dur., n° 372).

Notre article réserve les droits des tiers résultant de la propriété qu'ils auraient acquise, par titre ou par prescription, soit d'un souterrain, par exemple une cave, soit de toute autre partie du bâtiment, par exemple un égout. — Nous aurons plus loin occasion de revenir sur ce principe : observons seulement, quant à présent, que pour prescrire il faut une possession paisible, publique, non interrompue et à titre de propriétaire (2229) : la prescription suppose, en conséquence, qu'il a existé un signe de publicité, par exemple un soupirail, ou du moins que la possession a été connue du propriétaire.

554 — Le propriétaire du sol qui a fait des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartiennent pas, doit en payer la valeur ; il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu ; mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever (1).

= La règle qui attribue au propriétaire du sol les constructions, plantations et ouvrages, est appliquée diversement à deux cas principaux :

1° Les travaux ont été faits par le propriétaire du sol avec les matériaux d'autrui ;

2° Ils ont été faits par un tiers, avec ses matériaux, sur un fonds qui ne lui appartenait pas.

L'article 554 est relatif au premier cas ; l'article 555 règle le deuxième.

A Rome, le propriétaire des matériaux pouvait exercer, contre celui qui les avait indûment employés, l'action *de ligno juncto in duplum;* s'il n'avait pas encore été indemnisé au moment de la destruction de l'édifice, il pouvait même revendiquer. — Le Code s'est éloigné de ces règles : d'une part, il n'accorde au propriétaire des matériaux que le droit d'en réclamer la valeur, et des dommages-intérêts (1449-1151), s'il y a lieu, par exemple, si ces matériaux étaient destinés à d'autres constructions qu'il n'aurait pu élever en temps utile;—d'autre part, il garde le silence sur la revendication : — d'où nous concluons que les matériaux, une fois employés, sont acquis au propriétaire du sol ; car ils ont changé de maître par le seul fait de l'incorporation au bâtiment.

(1) Les rédacteurs du Code ont cru copier la loi romaine; ils ont pensé qu'en droit romain les matériaux cessaient d'appartenir à leur propriétaire ; ce qui n'avait pas lieu, puisque ce dernier pouvait les revendiquer après la démolition de l'édifice, à moins qu'il n'eût obtenu le double de leur valeur par l'action *de ligno juncto.* Au reste, on s'étonne avec raison que le propriétaire des matériaux et des plantes perde le droit de réclamer ces objets, même lorsqu'il a été victime d'un vol, par cela seul que le propriétaire du sol en a fait emploi, fût-il auteur de ce vol.

Nous supposons, bien entendu, que les matériaux ont été employés de mauvaise foi; autrement notre article n'aurait pas d'objet, puisque la possession des meubles vaudrait titre. Evidemment le législateur entend consacrer ici une exception à la règle de l'art. 2279.

Quelques auteurs graves (1) décident que le propriétaire des matériaux peut les revendiquer dès qu'ils sont détachés du bâtiment, s'il n'a pas encore été indemnisé. Assurément, cette distinction est fondée en équité, mais elle ne s'appuie sur aucun texte; selon nous, elle est même en opposition avec l'esprit de la loi: la revendication est un acte de propriété; admettre qu'on peut l'exercer lorsque l'édifice est détruit, c'est décider que le droit de propriété subsistait encore lorsque les matériaux étaient immobilisés; or, nous trouvons dans les articles 551 et 554 une décision directement contraire : le premier, conçu en termes absolus, porte que tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire de cette chose; le deuxième, que le propriétaire du sol qui a fait des constructions et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas, doit en payer la valeur: déclarer qu'il doit la valeur, n'est-ce pas reconnaître implicitement qu'il est devenu propriétaire?

Dans le système que nous combattons, il faudrait, pour être conséquent, accorder la revendication des arbres, lorsqu'ils sont détachés du sol. Certes, nul n'oserait aller jusque-là. On dit, il est vrai, que l'état des choses n'est plus le même; que l'arbre a été nourri par le sol; qu'il y a eu identification; tandis qu'à l'égard des matériaux il y a eu seulement accession. La réponse se trouve dans les articles 553, 554 et 555; en plaçant les constructions et les plantations sur la même ligne, le législateur a manifesté suffisamment la volonté d'établir une règle uniforme en matière d'accession immobilière.

Au résumé, la revendication des matériaux ne pourrait avoir lieu, après la destruction de l'édifice, qu'en vertu d'un texte formel qui ferait revivre le droit du propriétaire dépouillé : or, ce texte n'existe pas; le législateur a sans doute considéré qu'une semblable action, exercée après un temps prolongé, ferait naître de graves difficultés, et que presque toujours l'intérêt aurait cessé d'exister.

Inutile de dire que, suivant les circonstances du fait, le constructeur peut être condamné comme coupable de vol ou d'abus de confiance. (*Voyez* art. 577 C. civ., 379 et 408 C. pén.)

Nous parlons seulement des matériaux qui ont servi à la construction d'un édifice; les meubles qui n'adhèrent pas au fonds, par exemple les statues placées dans des niches, les arbustes en caisse, les animaux attachés à la culture, conservent leur caractère mobilier; ils sont, dès lors, susceptibles de revendication dans les termes de l'article 2279, c'est-à-dire, en cas de perte ou de vol, et cela pendant un laps de trois années à partir de l'événement.

L'intérêt de l'agriculture a fait appliquer aux plantations les règles que nous venons d'établir sur les constructions; le législateur a consi-

(1) Toullier, t. 5, nos 125 et 126; Demante, Progr., no 558, t. 1er.

déré que l'enlèvement des arbres entraînerait presque toujours leur perte.—Dès que les arbres sont incorporés au fonds où ils doivent rester, le droit d'accession produit son effet quand même ils n'auraient pas encore pris racine (Fenet, p. 141). Le Code n'a point consacré, sous ce rapport, les dispositions de la loi romaine (Instit., l. 2, t. 1, § 31) (1).

Peut-être pourrait-on faire exception pour les plantes exotiques, précieuses par leur rareté, qui n'ont pour des amateurs qu'un prix d'affection (2) ; mais ce tempérament ne serait pas conciliable avec les termes généraux et absolus du texte.

555 — Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever.

Si le propriétaire du fonds demande la suppression des plantations et constructions, elle est aux frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui ; il peut même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds.

Si le propriétaire préfère conserver ces plantations et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. Néanmoins, si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi (3), le propriétaire ne pourra demander la suppression desdits ouvrages, plantations et constructions ; mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur.

=La loi nous place maintenant dans l'hypothèse inverse de la précédente ; elle suppose qu'un tiers a fait, avec ses matériaux, des constructions, plantations et ouvrages sur le fonds révendiqué.

Ce cas est régi, de même que le précédent, par cette règle de la loi romaine : *Quod solo inædificatur solo cedit.*

(1) Dur., n° 374, t. 4. *Voy.* cep. Toullier, t. 3, n° 127.

(2) Dur., *ibid.;* Delv., t. 2, p. 15; Dalloz, Propriété, sect. 4, art. 1er, § 1er.

(3) Cette phrase : *qui n'aurait pas été condamné à raison de sa bonne foi*, est purement hypothétique ; elle ne suppose pas qu'une décision judiciaire est intervenue, mais qu'elle aurait pu intervenir. La bonne foi se présume toujours.

La fin de ce 3e alinéa, à partir du mot *néanmoins*, etc., a été ajoutée sur les observations du tribunat ; le projet primitif, adopté par le conseil d'État, soumettait tous les possesseurs à une règle uniforme, sans distinguer s'ils étaient de bonne foi ou de mauvaise foi. (Séance du 27 vendémiaire an XII.)

Mais, d'une part, comme l'équité ne permet pas que l'on s'enrichisse aux dépens d'autrui (1375), et, d'autre part, comme il serait arbitraire de forcer le propriétaire du sol à payer le prix de travaux qu'il n'avait point le dessein de faire, la loi distingue :

Si le tiers qui a fait les travaux a été *de mauvaise foi*, le propriétaire du fonds a le choix ou de retenir les constructions, plantations et ouvrages, auquel cas il devient à la fois débiteur de la valeur des matériaux et du prix de la main-dœuvre (car la rétention équivaut à une approbation tacite) ; ou d'exiger la suppression des travaux, et alors les frais qu'elle entraîne sont supportés sans aucune indemnité par le propriétaire des matériaux : dans ce dernier cas, le propriétaire du fonds peut même exiger une indemnité, lorsque les travaux lui ont préjudicié, par exemple quand il a été privé, pendant quelque temps, de la jouissance d'un jardin, quand la démolition de l'édifice a dégradé le fonds, etc.

Si le tiers a été *de bonne foi*, c'est-à-dire, s'il a possédé en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignorait les vices (condition requise pour qu'il ait pu faire les fruits siens, arg. de l'art. 550), le propriétaire du sol ne peut demander la suppression des travaux ; mais il a le choix ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur. — Ainsi, pour déterminer la plus-value à rembourser, les tribunaux doivent prendre en considération, non la valeur des travaux, mais la différence de valeur du même fonds, eu égard aux deux époques de la confection des travaux et de la réintégration de l'ancien propriétaire. Nous n'entendons pas seulement parler de la valeur vénale, c'est-à-dire, de celle qui pourrait résulter de l'aliénation de l'immeuble ; mais encore de la valeur intrinsèque et utile ajoutée à la propriété (1). Exemple : supposons que le possesseur de bonne foi ait fait une dépense de 25,000 fr., et que le fonds ait acquis une plus-value de 35,000 fr.; le propriétaire du sol ne devra que 25,000 fr. : — si le possesseur a dépensé 35,000 fr., et que le fonds n'ait acquis qu'une plus-value de 25,000 fr., il ne devra toujours que 25,000 fr.; par ce moyen, tous les intérêts se trouvent conciliés : d'une part, le propriétaire du fonds ne sera jamais lésé par un remboursement qui pourrait égaler la valeur totale de sa propriété ; d'autre part, le possesseur de bonne foi sera toujours indemnisé lorsqu'il n'aura fait que des dépenses utiles, sans pouvoir jamais retirer un bénéfice du fait même de son éviction.

Le législateur, comme on le voit, a été dominé par des considérations d'équité ; il a voulu rendre la position du possesseur de bonne foi meilleure que celle du possesseur de mauvaise foi : mais a-t-il atteint réellement son but ? Sans doute ce dernier est traité rigoureusement, puisque le propriétaire peut le contraindre à enlever les travaux, et même exiger de lui des dommages-intérêts, faculté dont il ne jouit pas

(1) Cass., 26 juillet 1838, Pal, 1838, 2, 398; Dev., 1838, 1, 781; D. P., 1838, 1, 343.

vis-à-vis du possesseur de bonne foi; mais, si les travaux sont conservés, sa position paraît plus favorable ; car il recevra le prix de sa main-d'œuvre et la valeur des matériaux employés , tandis que le possesseur de bonne foi ne peut prétendre qu'à la plus-value procurée à l'héritage : or, l'expérience nous apprend que la plus-value n'égale que bien rarement le montant des dépenses.

Cette inconséquence a été signalée par tous les interprètes ; aussi ont-ils cherché le moyen d'y remédier : le propriétaire, disent-ils, peut sortir d'embarras en ne contestant point la bonne foi du possesseur ; de cette manière, il se libérera en remboursant la plus-value : ce dernier ne pourra se faire un titre de sa mauvaise foi ; car *nemo creditur propriam turpitudinem allegans.* —Quoi qu'il en soit, même en adoptant ce parti, le propriétaire ne se trouvera pas complétement indemnisé, puisque les fruits perçus resteront alors au tiers possesseur, conformément à la règle des articles 549 et 550.

Nous reconnaissons, au surplus, que le possesseur de mauvaise foi sera toujours à la merci du propriétaire : ce dernier ne manquera jamais de lui dire, par exemple : Vous avez dépensé 20,000 fr., je vous offre 10,000 fr. ; si vous ne les acceptez pas, enlevez le tout, et indemnisez-moi. Aussi le plus souvent la difficulté aboutira-t-elle à une transaction.

Supposons qu'il n'intervienne point de transaction et que les choses ne soient pas susceptibles d'être enlevées, ou du moins que l'enlèvement doive nécessairement entraîner leur destruction : ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'il s'agit de peintures à fresque : en droit romain, le possesseur ne pouvait rien détruire en pure perte : *Nil laturus nisi ut officiat.* Dans l'espèce, en faisant opérer le grattage, il aurait commis un acte de pure méchanceté, sans aucune utilité pour lui-même; or, on tenait pour maxime : *Malitiis non est induigendum* (l. 38, *de rei vendicatione*).

Sous l'empire du Code, nous ne voyons pas à quel titre le propriétaire qui refuserait de payer la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre, pourrait s'opposer à l'enlèvement ; la maxime : *Malitiis non est indulgendum*, n'a point passé dans nos lois; le texte nous paraît conçu en termes absolus.

Le propriétaire doit rembourser, en totalité, les impenses nécessaires faites par le possesseur, par exemple, lorsque ce dernier a reconstruit un mur menaçant ruine ;—il n'est point tenu des impenses voluptuaires, puisqu'elles n'ajoutent point de valeur au fonds. — Quant aux impenses de pur entretien, elles sont une charge des fruits; dès lors le possesseur ne peut en répéter le montant, s'il a été de bonne foi, puisqu'il acquiert les fruits. S'il a été de mauvaise foi, elles viennent en déduction. (Proudhon, n° 559.)

Quelle est la position du propriétaire du fonds, s'il n'a pas le moyen de payer la plus-value ? On indemnise le possesseur, en constituant à son profit, pour le montant de la somme qu'il peut réclamer, une rente garantie par une hypothèque sur le fonds : l'équité ne permet pas que

le propriétaire soit placé dans la nécessité de vendre pour payer des travaux qu'il n'a pas commandés. (Pothier, nº 347, Propriété.)

Dans tous les cas, le possesseur peut retenir l'héritage sur lequel il a fait des travaux, jusqu'au payement intégral de l'indemnité qui lui est due : c'est là un principe de droit commun consacré par plusieurs textes (*voy.* les articles 867, 1673, 1948) (1).

Appliquez cette observation aux plantations (2).

Pour évaluer l'indemnité due, à raison des plantations, vis-à-vis du tiers possesseur, on doit se reporter à l'époque où elles ont eu lieu ; il ne faut pas considérer leur valeur actuelle : cette plus-value est produite par le sol et non par le fait du tiers possesseur.

—L'article 555 suppose que les travaux ont été faits par un tiers avec *ses propres* matériaux : que faudrait-il décider, s'il avait employé les matériaux d'autrui ? ∿ Les rapports qui existent entre le propriétaire du fonds et le constructeur ou le planteur ne peuvent être modifiés, on le conçoit, par cette circonstance : il y aura toujours lieu d'appliquer la règle de l'article 555. — Si le propriétaire du sol opte pour l'enlèvement (faculté qui ne lui appartient, ne le perdons pas de vue, qu'autant que l'auteur des travaux a été de mauvaise foi), le propriétaire des matériaux peut les révendiquer ; si ce dernier a été de bonne foi, c'est-à-dire, s'il a employé les matériaux comme siens, comme investi d'un juste titre, il opposera utilement au réclamant la maxime : *en fait de meubles*, etc. (2279).

Le propriétaire pourrait-il, en s'appuyant sur l'article 599, ne rien payer à l'usufruitier qui aurait fait des constructions ou des plantations? (*Voy.* art 599, quest.)

Que doit-on décider à l'égard des travaux faits par le preneur sur le terrain loué ? ∿ Ils deviennent la propriété du bailleur ; mais, comme nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, il y a lieu d'appliquer la règle de l'article 555. — Vainement lui opposerait-on l'article 599, lequel porte que les améliorations faites à la chose par l'usufruitier profitent au nu propriétaire : cet article contient une disposition sévère qu'on ne doit pas étendre hors de son espèce.— La solution de la question nous paraît se trouver dans l'article 1730. Suivant cet article, le preneur doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue ; conséquemment, on doit lui tenir compte des travaux qu'il a faits, si on ne le contraint pas à les enlever. — Toullier, nº 130, accorde au preneur une action pour les impenses nécessaires, et lui refuse le droit de se faire indemniser lorsqu'il s'agit d'impenses utiles : mais cette distinction est arbitraire.—Quant aux impenses voluptuaires, elles profitent au propriétaire sans indemnité (3).

Le possesseur qui a été de bonne foi doit-il imputer les fruits qu'il a perçus sur ce qu'on lui doit pour améliorations ? ∿ Si la loi voulait qu'il en fût ainsi, elle s'en expliquerait formellement : les fruits ont été acquis au possesseur comme prix de sa bonne foi (549 et 550).—Les textes ne parlent ni d'imputations, ni de compensations ; ce n'est point avec les fruits que l'on construit ; on prend pour cela sur les capitaux :—ainsi, le possesseur de bonne foi gagne les fruits; de

(1) Pothier, Propriété, nº 34; Zach., t. 1er, § 218, p. 470; Dur., nº 382; Proudhon, Dom. de propriété, t. 2, nº 369; Troplong, Hyp., t. 1er, nº 260; Grenier, Hyp., p. 35; Merlin, vº Privilége, p. 32; Toullier, t. 3, nº 130; t. 14, nº 327; — Rennes, 8 février 1841, Dev., 1841, 2, 433.

(2) Merlin, Quest., vº Communaux, § 7, p. 371; — Cass., 11 juin 1839, Dev., 1839, 1, 537; D. P., 1838, 1, 244; Pal., 1839, 1, 668.

(3) Duvergier, Louage, nºs 456 et suiv.; Proudhon, Usuf., t. 3, nº 1456; Troplong sur l'article 1752, nºs 553 et suiv.; Rolland, vº bail, nº 484.

plus, il peut prétendre à une indemnité, telle qu'elle est fixée par l'article 555, *in fine* (argument des articles 856 et 857 ; Dur., n° 377).

Quid, si le possesseur a été de mauvaise foi ? ∽ Comme il doit restituer les fruits, le propriétaire peut imputer leur valeur sur le prix des matériaux et de la main-d'œuvre qu'il doit rembourser au possesseur (ff. de rei vindic., l. 48 et 65).

Quid, s'il est certain que le possesseur a employé les fruits à faire des constructions ? ∽ Cela ne change en rien la position du possesseur : s'il eût consommé les fruits, il en aurait bénéficié ; son patrimoine s'en serait accru : l'équité ne permet pas qu'il éprouve une perte, parce qu'il a fait des deniers un emploi qui améliore le fonds.

Accession résultant du voisinage d'un fleuve ou d'une rivière.

Les propriétés qui bordent les eaux courantes ont des limites variables ; elles s'étendent ou se restreignent, suivant que le cours d'eau gagne sur la rive opposée ou s'en éloigne; de plus, elles se trouvent soumises à des dégradations imperceptibles, il est vrai, mais qui ne sont pas moins réelles : nul, assurément, ne saurait se plaindre d'un tel résultat, car il ne provient point du fait de l'homme; mais le législateur a dû balancer par quelques avantages ces inconvénients. Telles sont les considérations qui ont dicté les articles que nous allons parcourir.

556 — Les atterrissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière, s'appellent *alluvion*.

L'alluvion profite au propriétaire riverain, soit qu'il s'agisse d'un fleuve et d'une rivière navigable, flottable ou non ; à la charge, dans le premier cas, de laisser le marchepied ou chemin de halage (1), conformément aux règlements.

= On nomme alluvions, *les atterrissements*, les amas de terre qui se forment successivement et imperceptiblement, par parcelles, sur les

(1) Inutile : quand même il n'y aurait pas eu d'alluvion, le propriétaire ne serait pas moins tenu de laisser le chemin de halage.

On appelle chemin de *halage*, le terrain qui sert, sur le bord des rivières, au tirage des bateaux.

La largeur que doit avoir le chemin est déterminée par une ordonnance de 1669, confirmée par un décret de 1809. La largeur est de 8 mètres pour chemin et trait des chevaux, sans que les propriétaires puissent planter arbres ni tenir clôture ou haie plus près que 10 mètres du côté que les bateaux se tirent, et 3 mètres 33 centim. de l'autre bord. (Art. 7.)

En droit, on nomme rivières *navigables* celles qui portent bateau (ord. de 1669, art. 41); — et *flottables*, celles qui, par la disposition des lieux, peuvent être utilisées pour le commerce de bois. — Tous les fleuves et toutes les rivières navigables ou flottables font partie du domaine public; mais comme ce privilége n'est conféré à l'État que pour les besoins de la navigation, il ne commence qu'à partir du point où le cours d'eau devient navigable ou flottable : alors, il s'étend jusqu'à l'embouchure du fleuve; — c'est à l'autorité administrative qu'il appartient de statuer à cet égard.

bords des fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière (*incrementum latens*), et qui adhèrent au terrain (1).

Ainsi l'accroissement par alluvion suppose que nul ne peut établir un droit de suite sur le terrain ; que ce terrain ne présente pas un corps reconnaissable.

L'alluvion profite, par droit d'accession, aux propriétaires riverains.

Il n'y a pas lieu de distinguer si le lit du fleuve ou de la rivière appartient ou non à l'État; car le même motif, qui est de compenser par quelques avantages les inconvénients auxquels on est exposé par le voisinage d'un cours d'eau, existe dans l'un et l'autre cas.

Le propriétaire riverain, disons-nous, profite de l'alluvion : toutefois, lorsqu'il s'agit d'une rivière navigable ou flottable, notre article lui impose la charge de laisser le marchepied ou chemin de halage.

Mais il n'a pas moins la propriété du terrain ; l'État n'en jouit qu'à titre de servitude légale, et seulement pour les besoins de la navigation (art. 650) ; en sorte que le propriétaire pourrait interdire l'accès du chemin même aux promeneurs.—Si la rivière vient à se retirer, le droit de servitude s'évanouit aussitôt; mais alors le propriétaire doit laisser un chemin nouveau, qui se prend sur le terrain nouvellement abandonné par la rivière.

Inutile de dire que cette servitude légale ne met point obstacle à l'acquisition par alluvion, puisque le riverain conserve la propriété du terrain (2).

Par suite du même principe, on décide que si la rivière est longée par un chemin public, l'alluvion doit profiter soit à l'État, soit au département, soit à la commune, suivant le classement du chemin (3).

Il faut étendre l'application de cette règle au cas où le courant a déposé sur un champ, par l'effet d'une crue, des terres qui ne peuvent plus en être séparées : il y a même raison (4).

557 — Il en est de même des relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre : le propriétaire de la rive découverte profite de l'alluvion, sans que le riverain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu.

Ce droit n'a pas lieu à l'égard des relais de la mer.

= Les *relais* profitent aux propriétaires riverains, même lorsque la rivière est navigable ou flottable.

(1) Proudhon, t. 4, n° 128; Chardon, Alluvion, n° 52; — Cass., 2 mai 1826, Dev., 1827, 1, 247; D. P., 1826, 1, 273; Bourges, 27 mai 1839, Dev., 1840, 2, 29; Pal. 1840, 2, 466.

(2) Toulouse, 26 novembre 1812, Dev. Pal.; Montpellier, 5 juillet 1833, Dev., 1834, 1, 120.

(3) Chardon, n° 159; Garnier, n° 249; Daviel, n°s 150 et 155; Proudhon, Dom. public, t. 4, n° 1371; Zach., p. 426; — Cass., 16 février 1836 et 9 janvier 1829; Toulouse, 12 décembre 1832, Pal. Dev., 1833, 1, 5; D. P., 1833, 1, 102; 16 février 1836, Dev., 1836, 1, 405; D. P., 1836, 1, 103. 2 mai 1833, Pal.; 9 juillet 1838, Pal., 1838, 2, 175; Paris, 2 juillet 1831, Pal ; Cass., 2 mai 1835; Douai, 30 avril 1832, Pal. Dev.

(4) Pothier, Du domaine, n° 165; Dur., t. 4, n° 417; Zach., p. 426.

On désigne ainsi les portions de terrain que l'eau a laissées à découvert, soit par l'effet de la diminution de son volume, soit parce qu'elle s'est retirée insensiblement d'une rive pour se porter sur l'autre.

Il ne faut pas confondre les *relais* avec les *lais*. — Les lais sont des alluvions proprement dites, c'est-à-dire des amas de terre formés insensiblement sur les bords par la vase ou par le sable.

La condition que l'eau se soit retirée insensiblement, est le caractère distinctif des *relais :* si la rivière s'était formé subitement un nouveau cours, le propriétaire des terres couvertes prendrait à titre d'indemnité le lit abandonné (565).

A l'égard des relais de la mer, ils appartiennent à l'État (538), de même que les rivages.

558 — L'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et étangs, dont le propriétaire conserve toujours le terrain que l'eau couvre, quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang, encore que le volume de l'eau vienne à diminuer.

Réciproquement, le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans des crues extraordinaires.

= On appelle *lac*, un amas d'eau qui se forme par la disposition naturelle des lieux, et qui se conserve dès lors perpétuellement.

On nomme *étang*, un amas d'eau qui est retenu par une chaussée ou digue, et dans lequel on nourrit du poisson.

Comme l'eau peut recevoir accidentellement une hauteur qui dépasse toutes prévisions, on pratique ordinairement une ouverture pour laisser échapper le trop-plein : cette ouverture est ce qu'on nomme la *décharge*. La propriété de l'étang ou du lac se trouve limitée par la hauteur de la décharge.

Par suite on décide :

1° Que l'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et étangs : d'ailleurs, il ne s'agit point ici d'eaux courantes, susceptibles de s'éloigner d'un côté et de s'étendre de l'autre (1) ;

2° Que le lit de ces amas d'eau, jusqu'à la hauteur déterminée, est imprescriptible (2) : on ne peut dire, en effet, que le propriétaire ait cessé de posséder ce terrain.

559 — Si un fleuve ou une rivière, navigable ou non, enlève par une force subite une partie considérable et reconnais-

(1) Cass., 23 avril 1811, Dev. Pal.

(2) Daviel, Cours d'eau, t. 2, nos 813 et 814; Toullier, no 139, t. 3; Carré, Justice de paix, t. no 1498; — Nancy, 20 mars 1826, Dev. Pal.; 11 mai 1833; Dev., 1836, 1, 55; Dal., 1835, 1. 369;, Cass., 9 novembre 1841, 1, 821; D. P., 1841, 1, 377; Pal., 1842, 1, 51.

sable d'un champ riverain, et la porte vers un champ inférieur ou sur la rive opposée, le propriétaire de la partie enlevée peut réclamer sa propriété ; mais il est tenu de former sa demande dans l'année : après ce délai, il n'y sera plus recevable, à moins que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie, n'eût pas encore pris possession de celle-ci.

= Les règles de l'acquisition par alluvion sont fondées sur l'impossibilité où l'on se trouve de savoir aux dépens de qui l'accroissement s'est opéré ; elles ne concernent pas le cas où les terres auraient été enlevées tout à coup, et portées vers un champ inférieur ou sur la rive opposée : la loi laisse au propriétaire de ces portions de terrain le droit de les réclamer, pourvu qu'elles soient reconnaissables.

Mais comme cette propriété est empreinte d'un caractère tout particulier d'incertitude, il a paru convenable de fixer un délai fort court, après l'expiration duquel l'action du propriétaire dépossédé ne serait plus admise : ce délai est d'une année ; il court à partir de l'enlèvement. « Un plus long temps, a dit le rapporteur, prolongerait l'incertitude du nouveau possesseur, ce qui nuirait à l'agriculture. »

Remarquons, surtout, qu'il ne s'agit ici ni d'usucapion, ni d'une prescription extinctive ; mais d'une simple déchéance : on ne doit donc pas considérer l'époque à laquelle le propriétaire inférieur, ou celui de la rive opposée, a pris possession du terrain enlevé; par cela seul que le fait existe, l'action se trouve éteinte quand une année s'est écoulée depuis l'enlèvement.

Le juge est appréciateur des circonstances qui constituent la prise de possession (Zach., p. 427).

560 — Les îles, îlots, atterrissements, qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières navigables ou flottables, appartiennent à l'État, s'il n'y a titre ou prescription contraire.

= Les îles, îlots et atterrissements sont des exhaussements partiels du terrain ; ils doivent, dès lors, appartenir au propriétaire de ce terrain.

Mais ces exhaussements ne font point partie du domaine public, puisqu'ils ne sont point affectés à un service public : notre article les attribue à l'État ; il prend même soin de les déclarer aliénables et prescriptibles.

561 — Les îles et atterrissements (1) qui se forment dans les rivières non navigables et flottables, appartiennent aux pro-

(1) Le mot *atterrissement* exprime ici un commencement d'île, un point de terrain qui sort des eaux.

priétaires riverains du côté où l'île s'est formée ; si l'île n'est pas formée d'un seul côté, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés, à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière (1).

= Le lit des rivières non navigables et non flottables appartient aux propriétaires riverains (*voyez* toutefois *infrà*, quest.) ; dès lors, les îles, îlots et atterrissements qui se forment dans ces rivières, doivent leur appartenir : ils sont censés recouvrer l'usage d'une partie de leur propriété.

Si l'île se trouve d'un seul côté, elle appartient au propriétaire riverain de ce côté; si elle s'est formée au milieu de la rivière, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés, à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière, et à chacun suivant le front que chaque héritage présente au rivage : on ne prend pas en considération la profondeur du fonds riverain.

Le partage doit se faire eu égard à l'étendue de terrain que l'eau couvre lorsqu'elle est parvenue à une hauteur moyenne.

—L'application de notre article ne souffre pas de difficultés lorsque les rives sont parallèles : mais si les rivières ont des sinuosités, de quelle manière tirera-t-on la ligne au milieu de la rivière? ∿ Quels que soient les tours et détours de la rivière, il faut supposer une foule de lignes dans le cours de l'eau ; en prenant ensuite le milieu de chacune de ces lignes, qui couperont le courant de l'eau à à angles droits, on trouvera le milieu de la rivière.

Le lit des rivières qui ne sont ni navigables ni flottables fait-il partie du domaine de l'État? ∿ Des autorités graves sont encore aujourd'hui divisées sur cette question : — d'une part, on raisonne ainsi : suivant plusieurs coutumes, le lit des cours d'eau appartenait aux seigneurs hauts justiciers, comme dépositaires d'une partie de la puissance publique : or, l'État succéda aux seigneurs par l'effet des lois de 1789 et de 1792, et les lois nouvelles n'en ont point attribué la propriété aux riverains; donc ces rivières sont restées dans le domaine de l'État.—Les articles 557 et 563 viennent à l'appui de ce système : le premier attribue au propriétaire voisin une portion du lit abandonné, sans attribuer aucune indemnité au propriétaire du terrain envahi ; le deuxième attribue l'ancien lit, à titre d'indemnité, aux propriétaires des fonds envahis : or, si les riverains étaient propriétaires du lit des rivières, ce serait à eux qu'appartiendrait de droit le terrain abandonné. — On conçoit bien que le législateur concède, à titre d'indemnité, ce qui appartient à l'État; mais il ne peut concéder ainsi des choses qui appartiennent à des particuliers : — en disposant du lit abandonné, il reconnaît donc implicitement que ce lit appartient à l'État. — On trouve un nouvel argument dans un avis du conseil d'État du 28 pluviôse an XIII : cet avis, tout en reconnaissant le droit de pêche aux riverains, porte qu'ils perdent ce droit lorsque le cours d'eau est rendu navigable ou flottable, et cela sans indemnité : or, une indemnité leur serait nécessairement due, s'ils étaient propriétaires du lit de

(1) Article incomplet : il ne dit pas comment on partagera l'île entre les propriétaires qui se trouvent du même côté.

la rivière, puisqu'il s'agirait d'une expropriation pour utilité publique (1). — Dans ce système on confond les droits du seigneur féodal avec ceux du seigneur haut justicier. — Championnière, dans une dissertation qui jette une vive lumière sur ce point important de l'histoire du droit (De la propriété des eaux courantes), démontre que la concession féodale n'était qu'un contrat ordinaire du droit privé, entre le vassal qui acquérait le domaine utile, et le seigneur qui se réservait le domaine direct, c'est-à-dire, le domaine de supériorité, sans avoir à ce titre aucune autorité publique, et que jamais le lit des rivières n'a été attaché à la puissance publique dont ils étaient revêtus. — Les anciens auteurs sont, d'ailleurs, unanimement d'accord sur ce point : « Il paraît, dit Jousse, qu'on ne peut établir sur le droit seigneurial, à cet égard, aucune règle générale, et que tout dépend des titres et de la possession. »—Pothier, Domaine de propriété, no 53, est plus explicite encore : « Les rivières non navigables, dit cet auteur, appartiennent aux particuliers qui sont fondés en titre ou en possession, pour s'en dire propriétaires dans l'étendue portée par leur titre ou leur possession. » — Merlin, Quest., vo pêche, § 1er, démontre que, sous l'ancien régime, les seigneurs hauts justiciers n'avaient aucun droit à la propriété des rivières, et que quatre coutumes seulement leur conféraient cette attribution expresse. — Maintenant, si on jette les yeux sur les lois abolitives de la féodalité et des droits seigneuriaux, on reconnaît que l'assemblée constituante n'a point attribué à l'État le domaine privé des seigneurs, et qu'en résultat le domaine direct, le domaine de supériorité qu'ils s'étaient réservé, a profité aux vassaux, lesquels avaient déjà le domaine utile ; dès lors, ces lois n'ont pu confisquer au profit de l'État le lit des rivières. — Comment supposer que le législateur ait voulu établir une règle particulière, en considération de quatre coutumes qui déclaraient exceptionnellement les seigneurs hauts justiciers propriétaires de ces rivières? N'est-il pas plus raisonnable de penser, qu'ils ont entendu consacrer la décision contraire, qui était généralement admise?—Comment admettre qu'ils aient voulu dépouiller les riverains du droit qui leur était acquis soit par titre, soit par possession, soit par la consolidation du domaine utile avec le domaine direct?—L'argument tiré de l'article 563 tombe devant l'examen des procès-verbaux des séances du conseil d'État (27 vendémiaire an XII) : le projet n'attribuait le lit abandonné, aux propriétaires du terrain envahi, que lorsqu'il s'agissait d'une rivière navigable et flottable ; dans le cas contraire, le terrain appartenait aux riverains, ce qui était conforme aux règles établies à l'égard des îles et îlots par les articles 560 et 561 ; mais, sur la proposition de la section de législation, cette distinction a été supprimée : « L'équité, a-t-on dit, milite surtout pour ceux que le changement du cours du fleuve dépouille de leur propriété; maintenant qu'il s'agit de faire une loi nouvelle, c'est cette équité qu'il faut suivre. »—Ainsi, le conseil d'État s'est laissé principalement diriger par des considérations d'équité ; sa décision est indépendante, par conséquent, de toute question de propriété. — Nous n'avons point à répondre à l'argument tiré de l'article 563 : cet article n'accorde l'ancien lit aux propriétaires dépossédés qu'à titre d'indemnité. — Le même motif paraît avoir dicté l'article 557.— Aux arguments tirés de ces textes, nous opposerons l'article 538, lequel ne déclare dépendances du domaine public que les rivières navigables ou flottables ; — l'article 644, 2e alin., qui permet aux riverains de s'emparer d'une partie de l'eau pour l'irrigation de leurs propriétés ; —l'article 561, qui accorde aux riverains les îles, îlots et atterrissements ; — la loi du 15 avril 1829 sur la pêche

(1) Proudhon, Traité du domaine public, t. 1er, no 933; — Tribunal d'Argentières, 4 septembre 1829. Dev. Pal.; Toulouse, 6 juin 1832, Dev., 1832, 2, 41, Pal.

fluviale, loi abolitive de l'avis du conseil d'État en date du 28 pluviôse an XIII, en ce qu'elle reconnaît aux riverains le droit de pêche, et leur accorde une indemnité lorsque l'État s'en empare : n'est-ce point là reconnaître implicitement que les riverains sont propriétaires du lit des rivières?

562 — Si une rivière ou un fleuve, en se formant un bras nouveau, coupe et embrasse le champ d'un propriétaire riverain, et en fait une île, ce propriétaire conserve la propriété de son champ, encore que l'île se soit formée dans un fleuve ou dans une rivière navigable ou flottable.

= La justice commandait cette disposition : le propriétaire est assez malheureux de perdre une partie de sa propriété ; la loi ne devait point aggraver son infortune en le privant des portions qui lui restent.—D'ailleurs, le terrain qui se trouve compris entre les deux bras du fleuve ou de la rivière n'est pas une île provenant de l'exhaussement du lit : c'est toujours le même terrain ; la propriété ne doit pas changer de maître.

563 — Si un fleuve ou une rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé (1).

= D'après les principes exposés plus haut, il semblerait que le lit abandonné dût appartenir aux riverains ; mais l'équité a fait admettre qu'il appartiendrait aux propriétaires des fonds envahis.

On voit, du reste, que ce n'est plus là un effet de l'accession ; car le lit abandonné peut fort bien ne pas se trouver en contact avec le fonds du propriétaire envahi : l'acquisition s'opère directement, par l'effet de la loi, *à lege*.

Droit d'accession relativement aux animaux sauvages qui se trouvent sur un terrain.

Les animaux sauvages ne deviennent, en général, l'objet d'une propriété privée, qu'autant qu'ils se trouvent en la possession de l'homme : cependant, à raison de l'habitude qu'ils peuvent avoir d'aller et

(1) Cet article a été critiqué comme violant le principe du droit de propriété des riverains ; quand la rivière n'est ni navigable ni flottable, l'État, dit-on, se montre généreux aux dépens des anciens riverains. (*V.* art. 561, quest.)

de revenir ou de se tenir dans un certain lieu, on les considère comme des accessoires de ce lieu tant qu'ils conservent cette habitude.

564 — Les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang, appartiennent au propriétaire de ces objets, pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et artifice (1).

= Les animaux sont des accessoires du pigeonnier ou de l'étang ; dès lors ils suivent le sort du lieu où ils se trouvent : ils ont appartenu au premier maître tant qu'ils ont été dans son domaine ; en changeant de domaine, ils ont dû changer de maître. (*V.* 524 et 546.)

On pourrait conclure des termes de notre article que ces animaux n'appartiennent pas au propriétaire du fonds, lorsqu'ils y ont été attirés par fraude et artifice: ce serait là une erreur; ils ne suivraient pas moins le sort de l'immeuble : d'ailleurs on ne pourrait les reconnaître avec certitude ; comment pourrait-on les revendiquer ? seulement, une action en dommages-intérêts serait ouverte contre le propriétaire du sol (2).

Bien que la loi parle uniquement des *pigeons*, *lapins* et *poissons*, il faut appliquer la règle à toutes autres choses mobilières qui se trouvent immobilisées par le fait de leur accession morale à un immeuble, indépendamment de la volonté du propriétaire : tels que les chevreuils, les faisans et autres animaux qui constituent le gibier.—Dans ces divers cas, il y a toujours lieu de dire, avec la loi romaine : *Accessorium sequitur principale; cum principali unitatem facit.*

Rappelons ici nos observations sur l'article 519 ; distinguons avec soin les meubles immobilisés par le fait de l'*accession*, des immeubles *par destination* (524). Il s'agit, dans notre article, des immeubles de la première espèce, de l'acquisition par *accession* :

Ainsi, les lapins d'une garenne voisine, que j'aurais attirés dans la mienne, m'appartiendraient par la force des choses ; mais, si j'étais en possession d'un bœuf volé, je ne pourrais opposer, comme fin de non-recevoir, à la demande en restitution formée contre moi, que j'ai attaché ce bœuf à la culture de mon terrain, car il ne peut être immobilisé sans le consentement du propriétaire : *cum principali unitatem non facit.*

Bien moins encore pourrait-on appliquer la règle aux meubles immobilisés réellement par l'effet de leur accession physique au fonds, comme les pierres, cuves, chaudières et autres objets fixés et scellés en maçonnerie, et qui feraient corps soit avec le sol, soit avec les bâtiments; ce ne serait plus le cas de l'article 564, mais celui des articles 554 et 555.

(1) Mauvaise rédaction : on pourrait croire que ces animaux n'appartiennent pas au propriétaire du sol, lorsqu'ils y ont été attirés par fraude ou par artifice; ce serait une erreur.

(2) Pothier, Propriété, nº 167; Merlin, Rép., vº Colombier; Dur., nº 422.

SECTION II.

DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSES MOBILIÈRES (1).

Le cas où l'emploi a eu lieu du consentement de l'un et de l'autre propriétaire ne peut faire naître aucune difficulté : il s'agit d'une convention, on doit la respecter.

Le législateur suppose que la chose a été employée de mauvaise foi, ou qu'elle a été perdue ou volée (2).

Ces hypothèses sont les seules qui aient dû appeler son attention; car, lorsque les choses ne sont ni perdues ni volées, le possesseur de bonne foi en devient immédiatement propriétaire, par l'effet de la règle : *En fait de meubles, possession vaut titre* (2279) : Dès lors, il n'y a pas lieu de rechercher quelle est la chose principale, pour attribuer le tout à celui qui a la propriété de cette chose.

Trois cas ont été prévus :

1° *Union de deux choses séparables appartenant à divers propriétaires* (ou *adjonction*) ;

2° *Formation d'une nouvelle espèce avec la matière d'autrui* (ou *spécification*);

3° *Mélange de plusieurs matières appartenant à différents maîtres* (573, 574).

Les articles 575 et 577 contiennent des règles applicables aux trois cas d'*adjonction*, de *spécification* et de *mélange*.

565 — Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle.

Les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières.

=Dans le projet primitif, cette disposition avait une utilité réelle, car les rédacteurs se proposaient de restreindre à un petit nombre d'articles la matière du droit d'accession relativement aux choses mobilières, et de se borner à donner quelques exemples; mais peu à peu ils se sont laissés entraîner à régler la plupart des cas qui pourraient se présenter en sorte que l'article 565 devint, pour ainsi dire, sans objet; le tribunat en demanda même la suppression.

Quoi qu'il en soit, le conseil d'État a cru devoir le maintenir, mais comme règle subsidiaire : on ne peut, en effet, recourir à l'équité que

(1) Dans toute cette section, les rédacteurs paraissent avoir oublié la maxime : *En fait de meubles possession vaut titre.*

(2) La revendication des choses perdues ou volées est admise pendant 3 ans, aux termes de l'article 2279, à partir de la perte ou du vol.

dans le silence de la loi; lorsqu'il existe un texte formel, le juge doit l'appliquer.

Adjonction.

Les règles de l'*adjonction* sont l'objet de quatre articles:

Le 1er pose un principe qui se trouve développé dans les 2e et 4e;—le 3e consacre une exception.

566 — Lorsque deux choses appartenant à différents maîtres, qui ont été unies de manière à former un tout, sont néanmoins séparables (1), en sorte que l'une puisse subsister sans l'autre, le tout appartient au maître de la chose qui forme la partie principale, à la charge de payer à l'autre la valeur de la chose qui a été unie (2).

= En principe, la chose accessoire appartient au maître de la chose principale, à charge par lui d'en payer le prix.

Est réputée principale, la chose à laquelle l'autre ne se trouve unie que pour l'utiliser, l'orner ou la compléter, sans égard au prix de la matière.

Si tout moyen de distinction manque, alors seulement on répute principale la chose qui est la plus considérable en valeur; puis en volume, si les valeurs sont à peu près égales (567).

Par exception, quand la chose accessoire a une valeur plus considérable que la chose principale, le propriétaire de cette chose, toujours en supposant qu'elle a été employée à son insu ou contre son gré, peut la réclamer (568).

Le maître de la chose principale peut aussi faire détacher de cette chose la partie accessoire; la disposition de l'art. 566, établie dans son intérêt, ne saurait être invoquée contre lui.

567 — Est réputée partie principale celle à laquelle l'autre n'a été unie que pour l'usage, l'ornement ou le complément de la première.

= Par exemple, lorsqu'on a encadré un tableau, ou lorsqu'on a attaché des ornements à un vêtement, c'est le tableau ou le vêtement qui forme la partie principale.

568 — Néanmoins, quand la chose unie est beaucoup plus précieuse que la chose principale, et quand elle a été em-

(1) Le mot *néanmoins* est insignifiant; car si les choses *séparables* peuvent s'acquérir par succession, à plus forte raison doit-il en être ainsi des choses *non séparables*.

(2) Nous retrouvons dans cet article l'action *ad exhibendum* des Romains.

ployée à l'insu du propriétaire, celui-ci peut demander que la chose unie soit séparée pour lui être rendue, même quand il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe.

= Cette disposition fait exception à la règle établie dans l'article 566 : la loi ne veut pas que le maître d'un objet important puisse en être privé par l'effet d'une union opérée à son insu.

Si donc un diamant de prix avait été placé à la garde d'une épée, le propriétaire de ce diamant pourrait en demander la restitution; car le diamant, bien qu'accessoire, serait ici beaucoup plus précieux que la chose principale. — Hors ce cas, le propriétaire de la chose unie n'a que le droit de réclamer une indemnité.

569 — Si de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne peut point être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale qui est la plus considérable en valeur, ou en volume, si les valeurs sont à peu près égales (1).

S'il est impossible de distinguer l'accessoire du principal, le juge doit se déterminer soit par le volume, soit par la valeur des diverses matières ; toutes choses égales, il appliquera l'article 573, 2e alinéa.— Ainsi, lorsque les choses sont séparables, celui des propriétaires qui a été privé de la sienne peut en demander la séparation ; lorsque la séparation est impossible, il y a communauté : la théorie sur l'adjonction et celle établie sur le mélange sont identiques, comme on le verra plus loin, en ce qui concerne la distinction du principal et de l'accessoire et les droits de divers propriétaires; il est dès lors rationnel de compléter l'une par les règles de l'autre, lorsque la loi a gardé le silence.

Spécification.

La loi s'occupe de la spécification dans trois articles; elle proclame en principe, pour le cas de *spécification*, comme pour les cas d'*adjonction* et de *mélange*, que l'accessoire suit le principal : mais quel est l'accessoire, quel est le principal? le travail doit-il l'emporter sur la matière, ou la matière sur le travail? Deux cas ont été prévus :

Lorsque la matière employée à former une chose nouvelle appartient pour le tout à autrui, cette chose est acquise au propriétaire de la matière : on considère l'industrie comme l'accessoire (570) ; néanmoins, l'industrie est réputée partie principale, lorsque sa valeur surpasse de beaucoup le prix de la matière (571).

Quand l'ouvrier est propriétaire d'une partie de la matière, la chose devient commune aux deux propriétaires (572).

(1) Ainsi, on ne pourrait exiger qu'un voleur détachât la chose volée de sa propre chose, si celle-ci était plus considérable : ce résultat est choquant.

570 — Si un artisan ou une personne quelconque a employé une matière qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une nouvelle espèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée, en remboursant le prix de la main-d'œuvre.

= Par exemple, un fondeur a coulé un vase avec un lingot d'or ou d'argent qui ne lui appartenait pas ; un tailleur a fait un habit avec du drap trouvé ou volé : le vase et l'habit appartiendront au propriétaire du lingot ou du drap. — Evidemment, dans ces espèces, le prix de la main-d'œuvre est inférieur à la valeur de la matière.

571 — Si cependant la main-d'œuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée, l'industrie serait alors réputée la partie principale, et l'ouvrier aurait le droit de retenir la chose travaillée, en remboursant le prix de la matière au propriétaire.

= Un peintre a fait un tableau sur une toile qu'il m'a dérobée ; un statuaire a fait une statue remarquable avec un bloc de marbre qui m'appartenait : dans l'un et l'autre cas, l'industrie l'emportera. Il serait absurde, dit Justinien dans ses Institutes, que l'ouvrage d'un Apelles ou d'un Pharisius pût être réclamé, à titre d'accession, par le propriétaire d'une toile sur laquelle ce chef-d'œuvre serait peint (1).

Lorsque la valeur de l'industrie est égale à celle de la matière, ou ne la surpasse pas de beaucoup, la matière doit l'emporter, conformément à la règle de l'article 570.

572 — Lorsqu'une personne a employé en partie la matière qui lui appartenait, et en partie celle qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une espèce nouvelle, sans que ni l'une ni l'autre des deux matières soit entièrement détruite, mais de manière qu'elles ne puissent pas se séparer sans inconvénient, la chose est commune aux deux propriétaires, en raison, quant à l'un, de la matière qui lui appartenait ; quant à l'autre, en raison à la fois et de la matière qui lui appartenait, et du prix de sa main-d'œuvre.

=Lorsque la matière appartient pour partie à l'ouvrier et pour partie à un tiers, on distingue :

Si la valeur de sa matière, réunie à celle de la main-d'œuvre, surpasse de beaucoup la valeur de la matière qui appartient à l'autre personne,

(1) Montpellier, 23 avril 1844, Dev., 1845, 2, 301.

le spécificateur devient propriétaire du tout (arg. des articles 567 et 571 combinés) : ce cas doit être rangé parmi ceux dont l'article 565 abandonne la décision aux magistrats, puisqu'il n'est prévu par aucun texte.

Mais si l'intérêt pour les deux parties est à peu près égal, hypothèse que règle évidemment notre article, alors la chose devient commune dans la proportion qu'il détermine.

Nous supposons que les matières ne peuvent se séparer sans inconvénient ; si la séparation était possible, celui à l'insu duquel l'union aurait eu lieu pourrait exiger la restitution de la sienne.

— *Quid* si l'une des matières est d'une faible importance comparativement à l'autre ? — Elle sera considérée comme accessoire ; en conséquence, le tout appartiendra au propriétaire de la chose principale, sauf indemnité (arg. des articles 567, 569, 573 et 574).

Du mélange et de la confusion.

Le *mélange* peut résulter de la réunion soit de deux ou de plusieurs choses *solides ;* par exemple, si l'on a fondu ensemble de l'or et de l'argent, du cuivre et de l'étain, ou si le blé d'une personne se trouve mêlé avec celui d'une autre personne ; — soit de deux ou plusieurs choses *liquides ;* par exemple, si l'on a mêlé du vin avec de l'eau-de-vie, ou des vins de différentes espèces.

Dans le premier cas, il y a *commixtion*, ou mélange proprement dit ; — dans le deuxième, il y a *confusion.*

Distinguons avec soin le mélange de l'adjonction et de la spécification.

Dans l'*adjonction*, les matières forment toujours des corps distincts; — dans le mélange, elles se trouvent confondues dans toutes leurs parties.

La *spécification* suppose l'exercice d'une industrie, le travail de l'intelligence. — Le mélange n'est qu'un simple fait ; exemple : avec un lingot d'argent qui m'appartenait, vous avez fabriqué un vase; voilà un cas de spécification ; — vous avez fondu ce lingot avec votre argent ou votre or, c'est là un *mélange.*

La loi consacre implicitement, pour le cas de *mélange*, le principe que la propriété du principal emporte celle de l'accessoire. Nous verrons, en effet, qu'il n'est parlé de séparation et de communauté que pour le cas où aucune des matières ne peut être regardée comme principale.

La matière principale est celle qui est de beaucoup supérieure à l'autre par sa valeur, ou, à valeur égale, par le volume ou la quantité.

Si ces indications manquent, on distingue : lorsque la séparation peut avoir lieu sans inconvénient, celui à l'insu ou contre le gré duquel les matières ont été mélangées a le droit d'exiger la division ; si la séparation est impossible, la chose devient commune.

573 — Lorsqu'une chose a été formée par le mélange de plu-

sieurs matières appartenant à différents propriétaires, mais dont aucune ne peut être regardée comme la matière principale, si les matières peuvent être séparées, celui à l'insu duquel les matières ont été mélangées peut en demander la division.

Si les matières ne peuvent plus être séparées sans inconvénient, ils en acquièrent en commun la propriété dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux.

574 — Si la matière appartenant à l'un des propriétaires était de beaucoup supérieure à l'autre par la quantité et le prix, en ce cas le propriétaire de la matière supérieure en valeur pourrait réclamer la chose provenue du mélange, en remboursant à l'autre la valeur de sa matière.

= C'est là une application de l'article 569.

Notre article n'entend conférer qu'une simple faculté, comme l'indiquent suffisamment les termes de la loi.

Règles communes aux trois cas d'adjonction, de spécification et de mélange.

575 — Lorsque la chose reste en commun entre les propriétaires des matières dont elle a été formée, elle doit être licitée au profit commun.

= L'indivision subsiste tant qu'il plaît aux parties de la prolonger; mais comme nul n'est tenu de rester dans l'indivision (815), deux moyens leur sont offerts pour la faire cesser :

1° Le partage amiable ;

2° La licitation (1686).

La voie de licitation suppose que les parties intéressées ne peuvent s'accorder ni sur un partage amiable, ni sur une vente de gré à gré, ou que l'une d'elles est mineure.

L'article 575 garde le silence sur le partage, sans doute parce que, dans la plupart des cas où la copropriété résulte de l'accession, le partage en nature ne peut avoir lieu sans inconvénient.

576 — Dans tous les cas où le propriétaire dont la matière a été employée, à son insu, à former une chose d'une autre espèce, peut réclamer la propriété de cette chose, il a le choix de demander la restitution de sa matière en même nature, quantité, poids, mesure et bonté, ou sa valeur.

= Cette disposition est fondée sur l'équité. Bien qu'elle semble restreinte aux deux cas de *mélange* et de *spécification* (puisqu'on suppose que *la matière a été employée* à former une chose d'une autre espèce), il faut étendre son application au cas d'adjonction : les mêmes raisons de décider se présentent :

Si j'ai attaché des broderies à votre habit, ou appliqué des ornements à un meuble qui vous appartient, vous pourrez, sans aucun doute, ou m'obliger à enlever ces objets, ou les conserver en payant leur valeur.

577 — Ceux qui auront employé des matières appartenant à d'autres, et à leur insu, pourront aussi être condamnés à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, sans préjudice des poursuites par voie extraordinaire, si le cas y échet.

= Indépendamment de l'obligation de restituer la matière, le tiers qui s'est emparé sciemment de la chose d'autrui est passible de dommages-intérêts (1382), notamment à raison du préjudice causé par privation de jouissance.

En parlant de poursuites par voie extraordinaire, la loi fait allusion au cas où l'affaire doit être portée devant les tribunaux correctionnels, ce qui a lieu lorsque la chose a été volée.

Rappelons, en terminant, que, sous la législation du Code, la revendication des meubles, contre un tiers de bonne foi, n'est admise que dans les seuls cas de perte ou de vol, et cela pendant trois années à partir de l'événement (2279).

RÉSUMÉ DU TITRE II.

DE LA PROPRIÉTÉ.

Voir le sommaire (p. 635).

La propriété est le droit de *jouir* et *disposer* des choses de la manière la plus absolue, sous les restrictions apportées par les lois et par les règlements (art. 544).

Elle se compose de trois éléments : l'*usage*, la *jouissance* et la *disposition* (*usus*, *fructus*, *abusus*). — Les auteurs du Code se sont bornés à parler de la *jouissance*, expression générale qui comprend non-seulement l'usage et l'usufruit, mais encore, quand il s'agit de déterminer les attributs de la propriété, le droit à tous les *produits* extraordinaires.

La faculté de *disposer* emporte celle de faire servir la chose à un usage autre que celui auquel elle est par sa nature destinée, de la détériorer et de l'aliéner soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

Quelque inviolable, quelque exclusif que soit le droit de propriété, la société peut en exiger le sacrifice (545) ; mais il faut pour cela que l'utilité publique ait été régulièrement constatée. — L'expropriation est

prononcee par l'autorité judiciaire sur les réquisitions du ministère public.—L'indemnité est ensuite fixée par un jury spécial, désigné, suivant les cas, par la cour ou par le tribunal, et présidé par un magistrat délégué par le même arrêt ou jugement. — En matière ordinaire, l'indemnité doit être payée ou consignée avant la prise de possession. — Mais, lorsqu'il s'agit d'un chemin vicinal, cette règle générale est modifiée à raison de l'urgence. (P. 655.)

Droit d'accession.

La propriété a deux conséquences importantes : elle attribue au propriétaire tout ce que la chose produit, et tout ce qui s'y unit et s'y incorpore.

Ce double attribut de la propriété est désigné sous la dénomination générale de *droit d'accession.* (P. 657.)

CHAPITRE Ier.

DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LA CHOSE. (P. 658.)

On nomme *fruits* les produits périodiques d'une chose, ou ceux que l'on perçoit à l'occasion de cette chose, *suivant sa destination.* — Le mot *produit* exprime tous les profits ordinaires ou extraordinaires que peut procurer la chose.

Le propriétaire (ou le possesseur de bonne foi), ainsi que nous l'avons déjà dit, acquiert non-seulement les *fruits*, mais encore les *produits* extraordinaires. — L'usufruitier, le fermier ou le locataire ne peuvent prétendre qu'aux *fruits* (*voy.* p. 659).

Les fruits appartiennent au propriétaire, quand même ce serait *un tiers* qui aurait ensemencé et cultivé : toutefois, il doit tenir compte des *frais de culture ;* autrement, il s'enrichirait aux dépens d'autrui (art. 548).—Peu importe que le tiers ait été de mauvaise foi, la règle est absolue, car elle a pour base l'équité.

Il est inexact de dire que le propriétaire *acquiert* les fruits : pour lui, il n'y a point acquisition, mais continuation de propriété. Les tiers seuls *acquièrent* les fruits; ils en deviennent propriétaires, savoir : quand il s'agit de fruits civils, à l'expiration de chaque jour; quand il s'agit de fruits naturels, par la perception : on considère les fruits comme perçus dès qu'ils sont détachés du sol. (P. 157.)

Effets de la possession en ce qui concerne les fruits. (P. 660.)

La possession peut être considérée sous deux principaux rapports :

1° Comme moyen d'acquérir la propriété ;

2° Comme un fait qui procure au possesseur le bénéfice des fruits.

On remarque entre ces deux modes d'acquisition les différences suivantes : la possession nécessaire pour prescrire par un certain laps de temps doit avoir pour base un titre régulier: le vice de forme n'est point un obstacle à l'acquisition des fruits; car cette circonstance n'exclut pas la bonne foi. —En matière de prescription, il faut se reporter,

pour apprécier la bonne foi, à l'origine de la possession, quand même elle aurait cessé depuis : pour l'acquisition des fruits, elle doit exister *de momento ad momentum*, instantanément, à chaque perception (*voy.* p. 663). — Il est des choses qui sont imprescriptibles ; le possesseur de bonne foi gagne néanmoins les fruits qu'elles produisent.—Enfin, l'héritier peut prescrire, bien qu'il connaisse les vices de son titre, si son auteur a été de bonne foi : l'héritier ne fait les fruits siens qu'autant qu'il a été de bonne foi; on n'a point égard à l'origine de sa possession.

Le simple possesseur ne fait les *fruits siens* qu'autant qu'il est de bonne foi. Il doit compte de tous ceux qu'il a perçus depuis qu'il a connu les vices de sa possession (art. 549 et 550).

Ainsi, deux conditions sont requises pour que le possesseur acquière les fruits ; il faut : 1° qu'il ait un titre translatif de propriété, c'est-à-dire, une juste cause de se croire propriétaire; 2° qu'il ignore les vices de son titre.

Le mot *fruits* est ici générique ; il signifie *produits :* le possesseur, en effet, possède *pro suo*, comme propriétaire (p. 661).

Question. — L'héritier conserve comme siens les fruits qu'il a perçus ou que son auteur a perçus de bonne foi; mais il doit restituer tous les fruits que son auteur a perçus de mauvaise foi (664).

CHAPITRE II.

DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE A LA CHOSE.

Les règles que nous allons parcourir ont pour base le principe que tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire.

SECTION PREMIÈRE.

Droit d'accession relativement aux choses immobilières. (P. 665.)

Plantations et constructions. — La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, sauf le droit des tiers résultant de la propriété qu'ils auraient acquise, par titre ou par prescription, soit d'un souterrain, soit de la superficie; sauf aussi les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police (art. 552, 553, p. 666).

La règle qui attribue au propriétaire du sol les constructions, plantations et ouvrages, est appliquée diversement à deux cas principaux :

1° Les travaux ont été faits par le propriétaire du sol avec les matériaux d'autrui.—Ces matériaux, une fois employés (de bonne ou de mauvaise foi), lui sont acquis : mais il doit en payer la valeur; de plus, on peut le poursuivre en dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Telle est, selon nous, la rigueur de la règle *Quod ædificium*, *etc.*, que le propriétaire des matériaux ne pourrait même les revendiquer, si le bâtiment était tombé en ruines. (P. 669.)

Appliquez la même règle au cas de plantations. (P. 670.)

Le législateur suppose évidemment que les matériaux ont été perdus ou volés ; autrement la disposition spéciale de l'article 554 serait sans objet, puisqu'en fait de meubles possession vaut titre (2279). (P. 670.)

2° Les travaux ont été faits par un tiers avec ses matériaux sur un fonds qui ne lui appartenait pas (art. 555, p. 671).—La règle *Quod solo, etc.*, reçoit également en ce cas son application ; mais alors, quelle est la position du constructeur ? On distingue : *s'il a été de mauvaise foi*, le propriétaire a le choix ou d'exiger que les lieux soient rétablis dans leur premier état, sans préjudice des dommages-intérêts ; ou de conserver le tout, en payant le prix des matériaux et celui de la main-d'œuvre. — *S'il a été de bonne foi*, c'est-à-dire, s'il a fait les travaux à une époque où il ignorait les vices de son titre, le propriétaire du sol ne peut demander la suppression des travaux ; mais il a le choix ou de rembourser le montant des impenses, ou de payer la plus-value. Si le propriétaire du fonds n'a pas le moyen de payer la plus-value, on indemnise le possesseur, en constituant à son profit une rente garantie par une hypothèque sur le fonds. (P. 673.)

Au premier abord, le possesseur de bonne foi paraît plus rigoureusement traité que le possesseur de mauvaise foi ; car l'augmentation de valeur est presque toujours au-dessous du montant des dépenses.—Mais il faut observer : 1° que le propriétaire aura toujours la faculté de se libérer par le payement de la plus-value, en ne contestant point la bonne foi du possesseur ; 2° que le possesseur de mauvaise foi sera toujours à la merci du propriétaire ; car ce dernier ne manquera jamais de le mettre dans l'alternative ou d'enlever les constructions, ou de recevoir une somme inférieure au montant des dépenses. (P. 674.)

Pour les plantations, on observe les mêmes règles, sauf cette différence qu'on se reporte pour l'évaluation à l'époque où les arbres ont été plantés. (P. 674.)

Dans tous les cas, le possesseur peut retenir l'héritage jusqu'au payement intégral de l'indemnité qui lui est due. (P. 674.)

Questions. — Lorsque les travaux ont été faits par un tiers, non avec ses propres matériaux, mais avec les matériaux d'autrui, il y a toujours lieu d'appliquer la règle de l'article 555.

Le preneur qui a fait des travaux sur le terrain loué se trouve dans la même position que le possesseur de mauvaise foi. (P. 674.)

Le possesseur de bonne foi n'est point tenu d'imputer les fruits qu'il a perçus sur ce qu'on lui doit pour améliorations. (P. 674.)

Il pourrait prétendre à une indemnité lors même que les travaux auraient été faits avec le prix des fruits perçus. (P. 675.)

Des atterrissements et des accroissements résultant du poisinage d'un fleuve ou d'une rivière. (P. 675.)

Cinq cas sont prévus :

1° Des amas de terre se sont formés successivement et imperceptiblement sur les bords des fonds riverains ; en d'autres termes, il s'agit d'alluvion ou de *lais* : le propriétaire du fonds profite de l'accroissement, mais à charge de laisser le marchepied ou chemin de halage. Du reste, il n'est pas moins propriétaire du terrain, ce n'est là qu'une servitude (556).

Mêmes décisions à l'égard des relais, c'est-à-dire, du terrain que l'eau courante abandonne insensiblement en se portant d'une rive sur l'autre.

Les relais de la mer appartiennent à l'Etat.

L'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et étangs (art. 558, P. 677.)

2° Une portion reconnaissable d'un fonds riverain a été enlevée par le courant et transportée sur une autre rive : le propriétaire de cette portion de terrain peut la revendiquer, mais il doit agir dans l'année, après ce délai, son action ne serait recevable qu'autant que le propriétaire inférieur n'aurait pas encore pris possession (art. 559, p. 678.)

3° Des îles, îlots, atterrissements se sont formés dans le lit des fleuves ou des rivières navigables ou flottables : ces atterrissements appartiennent *à l'Etat*, mais ils ne font partie du domaine public (art. 560, p. 678).

Les îles et atterrissements qui se forment dans les rivières *non navigables ni flottables* appartiennent aux riverains, à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière (art. 561, p. 679.)

Question. — **Le lit des rivières qui ne sont ni navigables ni flottables appartient aux riverains. (P. 679.)**

4° Un fleuve ou une rivière, en se formant un bras nouveau, coupe et embrasse le champ d'un propriétaire riverain et en fait une île : ce propriétaire conserve la propriété de son champ (art. 562, p. 681.)

5° Un fleuve ou une rivière navigable, flottable ou non, se forme un cours en abandonnant son ancien lit : les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné (art. 563, p. 681).

Choses mobilières immobilisées par le fait de leur accession morale à un immeuble. (P. 681.)

Il ne s'agit point ici des immeubles par destination, c'est-à-dire, des meubles placés sur un fonds à perpétuelle demeure ; mais de ces sortes de biens qui, indépendamment de la cause qui les a réunis au fonds, en deviennent des accessoires. Ainsi, les lapins, pigeons et autres animaux sauvages, les clefs des bâtiments, les échalas des vignes, suivent nécessairement le sort du domaine où ils se trouvent (art. 564).

SECTION II.

Droit d'accession relativement aux choses mobilières. (P. 685.)

Nous n'avons point à régler le cas où l'emploi d'une chose aurait eu lieu du consentement du propriétaire de cette chose ; il y aurait alors convention.—Nous supposerons que la chose a été perdue, volée ou employée de mauvaise foi, seules hypothèses dont le législateur ait dû s'occuper; autrement le possesseur serait devenu propriétaire en vertu de l'art. 2279.

Trois cas ont été prévus : *adjonction*, *spécification*, *mélange*.

Toutes les règles contenues dans cette section reviennent à ce principe unique : la chose accessoire appartient au propriétaire de la chose principale (art. 565).

En cas d'*adjonction*, on répute principale la chose à laquelle l'autre n'a été unie que pour l'usage, l'ornement ou le complément (567).

Par exception, si la chose unie est beaucoup plus précieuse que la chose principale, le propriétaire peut exiger la division, et reprendre sa chose (568).

Si tout moyen de distinction manque, on répute principale la chose qui est la plus considérable en valeur, puis en volume (569) ; toutes choses égales (566), si la séparation ne peut s'opérer (575), il y a communauté.

En cas de *spécification* (p. 685). — Si la matière appartient pour le tout à autrui, on considère l'industrie comme accessoire (570).

Par exception, si la valeur de l'industrie dépasse de beaucoup le prix de la matière, c'est l'industrie qui est réputée partie principale (571).

Si la matière appartient pour partie au spécificateur, et pour partie au tiers, on répute maître du principal celui auquel appartient la plus grande valeur, en supposant que la séparation ne puisse avoir lieu. — A intérêt égal, la chose devient commune (572).

En cas de *mélange* (p. 687), la matière principale est celle qui est de beaucoup supérieure à l'autre par sa valeur, et, à valeur égale, par le volume ou la quantité (573).

Si aucune des matières ne doit être regardée comme principale, on distingue : lorsque la séparation peut avoir lieu, celui à l'insu duquel les matières ont été mélangées a le droit d'exiger la division ; lorsque la séparation est impossible, la chose devient commune.

Règles générales (575-576).—Lorsque la chose reste en commun, l'indivision subsiste tant qu'il plaît aux parties de la prolonger, pourvu que le terme n'excède pas 5 années (815, 1686).

Le propriétaire qui n'a pas donné son consentement à l'emploi de sa matière peut toujours, si la chose lui est dévolue, exiger ou la resti-

tution de sa matière en même nature, quantité, poids, mesure et bonté, ou sa valeur. (Art. 576.) — Ceux qui ont employé des matières appartenant à autrui sont passibles de dommages-intérêts. Ils encourent de plus, en cas de vol, les peines portées par la loi pénale (401).

TITRE III.

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

(Décrété le 30 janvier 1804, promulgué le 9 février.)

Après avoir déterminé les caractères de la propriété, le Code trace des règles sur les principales modifications dont elle est susceptible.

Nous avons vu, au titre II, que le droit de propriété est susceptible de se diviser, de se démembrer;

Qu'il est *parfait*, lorsque les biens qui en sont l'objet sont entièrement libres entre les mains du propriétaire, et qu'il est *imparfait*, quand une partie des avantages que procure la propriété en ont été détachés, quand l'exercice du droit de propriété est gêné par l'effet de quelque droit acquis à des tiers.

Ces démembrements du droit de propriété, lorsqu'il s'agit d'immeubles, s'appellent *servitudes*.

Les auteurs divisent les servitudes en *personnelles* et *réelles :*

Ils nomment servitudes *personnelles*, celles qui sont établies sur une chose en faveur d'une personne.

L'expression *personnelle* indique suffisamment que ces sortes de *servitudes* ne sont pas héréditairement transmissibles.

Quant au droit considéré en lui-même, il est *réel*, puisqu'il prend, ou plutôt puisqu'il conserve le caractère de la chose dont il n'est qu'un démembrement.

Ils donnent le nom de servitudes *réelles* à celles qui sont établies sur un héritage pour le service et l'exploitation d'un autre héritage appartenant à un autre propriétaire (*voyez* titre IV).

L'expression *réelles* a pour but de faire entendre qu'elles sont dues par un immeuble à un autre immeuble, que le lien est réel des deux côtés, qu'on ne jouit de ces sortes de droits qu'autant que l'on possède l'héritage en faveur duquel ils sont constitués.

On signale en outre les différences suivantes entre les servitudes personnelles et les servitudes réelles :

1° Les servitudes personnelles s'éteignent à la mort de la personne; les servitudes réelles sont perpétuelles, comme l'objet auquel elles s'appliquent;

2° Les unes ne peuvent être léguées ni stipulées pour commencer à la mort de la personne; l'existence des autres peut être renvoyée au temps qui suivra la mort du propriétaire actuel du fonds;

3° Les servitudes personnelles s'éteignent par la destruction de l'immeuble; elles ne renaissent pas, lorsque cet immeuble (si c'est une maison) est reconstruit (704); les servitudes réelles revivent;

4° Enfin, nous verrons que l'usufruit, proprement dit, peut être hypo-

théqué ou aliéné, tandis que les servitudes réelles sont inséparables du fonds dominant.

Mais, sous d'autres rapports, les servitudes personnelles et les servitudes réelles participent de la même nature : en effet, ce sont des droits réels. — Elles s'éteignent par la confusion, suivant la maxime *Res sua nemini servit.*—Elles consistent à souffrir, jamais à faire.—Enfin, elles ne sont pas rachetables comme les rentes perpétuelles ; car nul ne peut être contraint de vendre sa propriété.

L'usufruit, l'usage et l'habitation sont les seules servitudes personnelles que le Code reconnaisse; encore, le législateur a-t-il évité de leur donner cette qualification, dans la crainte, sans doute, de faire revivre des idées de supériorité féodale qu'il entendait irrévocablement proscrire.

Au reste, la division des servitudes en personnelles et réelles est purement doctrinale : non-seulement elle est sans utilité pratique, mais encore elle a ce grave inconvénient de jeter de la confusion dans l'esprit : l'expression *servitude* suppose, en effet, que le droit repose sur un immeuble ; or, nous verrons que l'usufruit et l'usage peuvent être établis même sur des meubles.

D'après ce que nous venons de dire, il est facile de voir en quoi les servitudes diffèrent des obligations : l'obligation ne produit pas de droit réel, car elle ne lie que la personne. — Elle s'éteint par le payement que le créancier peut être contraint à recevoir. — Enfin, lorsqu'elle consiste à faire ou à ne pas faire, elle se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution ; car nul ne peut être contraint à faire quelque chose (1142).

Gardons-nous également de confondre le droit de servitude, soit personnelle, soit réelle, avec la propriété indivise.

Le propriétaire et celui qui a un démembrement de la propriété sont en communauté sans doute ; mais on remarque les différences suivantes :

Pendant l'indivision, les droits des copropriétaires reposent sur toute la chose et sur chacune de ses parties : la servitude est une propriété distincte de celle du fonds. — L'indivision peut cesser par l'effet d'un partage ou d'une licitation que chacun des intéressés est toujours maître de provoquer (518), à moins que, par exception, la nature des choses ou leur destination ne rende l'indivision (815) forcée (664) : le partage ou la licitation ne sont point applicables en matière de servitudes, puisque ces sortes de droits, nous le répétons, constituent des propriétés distinctes. — Nous aurons occasion de rappeler ces différences dans nos observations préliminaires sur la mitoyenneté, notamment en expliquant l'article 664. (*Voy.* Dur., n° 149.)

L'usufruit (et par conséquent l'usage) (1) diffère essentiellement du droit de jouir conféré par le louage :

L'usufruit participe de la nature de la chose sur laquelle il s'exerce;

(1) Nous ne parlons pas de l'habitation, car ce droit n'est qu'un usage appliqué à une maison.

le droit qui résulte du bail n'est jamais que mobilier. — L'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier ; le bail, comme tout autre contrat, a toujours une durée fixe ; il passe aux héritiers du fermier. — Dans l'usufruit, les obligations du nu propriétaire se bornent à laisser jouir ; car la servitude, étant due par la chose et non par la personne, ne peut, de sa nature, consister à faire, mais seulement à souffrir ou à s'abstenir de certains actes (605 et 607) ; dans le louage, le bailleur est tenu de faire jouir (1709-1719). — L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles se trouvent (600) ; le preneur peut exiger qu'elles lui soient livrées en bon état de réparation de toute espèce (1719 et 1720).—L'usufruitier peut abandonner son droit pour se soustraire aux réparations dont il est tenu ; le preneur ne jouit pas de cette faculté, car il est obligé personnellement. — Le preneur est soumis au payement d'une redevance annuelle ; l'usufruit peut être constitué à titre gratuit. — L'usufruitier doit donner caution (601) ; le preneur n'est astreint à cette obligation qu'autant qu'il s'y est volontairement obligé. — Enfin l'usufruit, considéré en lui-même, est un *droit réel ;* tandis que le bail, suivant la doctrine que nous avons admise, ne confère au preneur que des actions personnelles, lors même qu'il est conféré à vie. (*V.* p. 620.) (1).

L'usufruit diffère sous trois principaux rapports du prêt soit à usage (*voyez* 1875), soit de consommation (*voyez* 1892) : 1° l'usufruit n'a pas de terme fixe, à moins de stipulations contraires ; de sa nature, le prêt est toujours à terme ; — 2° lors même qu'un terme aurait été fixé, l'usufruit s'éteindrait par la mort de l'usufruitier : les héritiers de l'emprunteur jouiraient de la chose jusqu'à l'expiration du terme ; — 3° l'usufruitier doit fournir caution, à moins qu'il n'en ait été dispensé par le titre, ou qu'il n'en soit dispensé par la loi : l'emprunteur n'est pas tenu de fournir caution, sauf toute stipulation contraire.

Enfin, ce droit diffère, sous plusieurs rapports, du droit de l'héritier envoyé en possession des biens d'un absent (127), de l'antichrèse (2085 et suiv.), et de l'emphytéose (*voyez* art. 526) (2).

Le titre 3 est divisé en deux chapitres :
Le premier traite de l'usufruit ;
Le deuxième traite de l'usage et de l'habitation.

(1) Proudhon, nos 98 et suiv.; Toullier, t. 3, nos 387 et suiv.; Duvergier, Louage, no 89; Troplong, Louage, t. 1er, no 25; Chamonnière et Rigaud, t. 4, no 3076; — Cass., 18 janvier 1825, Dev. Pal. Selon Dur., t. 17, no 19, il s'agit d'une question d'*intention*. — Merlin, Rép., vo Usuf., § 1er, no 3, et quest., *ibid.*, § 7, rejette cette doctrine.

(2) *Voy.* Proudhon, t. 1er, chap. 3, p. 40 et suiv.; Dur., t. 4, p. 469 et suiv.; Merlin, vo Usufruit.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'USUFRUIT (1).

La loi détermine, dans la première partie du chapitre qui va nous occuper, la nature du droit d'usufruit (578) et la manière de l'établir (579).

Elle fixe ensuite, dans trois sections différentes, les droits de l'usufruitier, ses obligations et les causes d'extinction de l'usufruit.

Règles générales sur l'usufruit; sa nature; manière dont il peut être établi; par qui, au profit de qui, sur quelles choses.

L'usufruit existe dès qu'il est régulièrement concédé : à partir de ce moment, il affecte la chose, encore que la jouissance n'ait pas commencé : c'est là une conséquence des nouveaux principes suivant lesquels le droit de propriété s'acquiert par le seul effet des conventions, sans qu'il soit besoin de tradition, sous la réserve, toutefois, quand il s'agit de meubles, de l'application de cette maxime établie en faveur des tiers : *En fait de meubles la possession vaut titre* (articles 2279, 711, 1138, 1141).

578 — L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même (2), mais à la charge d'en conserver la substance (3).

= L'article 578 doit être nécessairement combiné avec cette règle fondamentale que nous aurons plus tard occasion de développer (2182 C. civ., 731 Pr.), qu'on ne peut transférer d'autres droits que ceux que l'on a soi-même :

En effet, la constitution d'un usufruit ne préjudicierait en rien au droit d'usage, à l'hypothèque, à l'exercice d'une servitude réelle, que le propriétaire du fonds aurait précédemment consenti (4).

(1) *Uti*, *frui*, ce sont là deux attributs de l'usufruit, deux éléments constitutifs du droit de propriété; ils sont compris l'un et l'autre dans le mot *jouir*. (*V.* art. 544.) En réalité, l'usage n'est qu'un droit d'usufruit restreint aux besoins d'une personne; ce droit se confond même nécessairement avec l'*usage*, à l'égard de meubles qui ne sont pas destinés à être loués : en effet, l'usufruitier peut seulement s'en servir suivant leur destination.

Les anciens auteurs donnaient quelquefois à l'usufruit le nom d'*usufruit formel* (c'est-à-dire soumis à des règles spéciales), par opposition à l'*usufruit causal* (qui subsiste *causâ proprietatis*).

(2) Inexactitude : l'usufruitier ne jouit pas comme le propriétaire.

(3) Cette définition du droit romain : *salvâ substantiâ*, a donné lieu à plusieurs interprétations : les uns disent : *tant que dure* la substance; d'autres, *à la charge de*, etc. Ces deux opinions se concilient aisément : il est évident que l'usufruitier ne peut détruire la chose, et que son droit cesse quand cette chose se trouve dénaturée.—L'usufruit ne peut s'établir que sur des choses qui ne s'anéantissent point par le premier usage. (*V.* Ulpien, t. 24, § 26). — Le quasi-usufruit a été institué par un sénatus-consulte.

(4) Décision du ministre de la justice et du ministre des finances du 22 mars 1808; Zach., p. 4; Delv., t. 3, p. 559; Dur., t. 4, nos 490 et 512.

L'usufruitier a le droit de jouir : Le mot *jouir* comprend le droit *d'user*, c'est-à-dire, de se servir de la chose, de l'employer à ses besoins personnels, sans la dégrader; et le droit de *percevoir tous les fruits*, par soi même ou par les mains des tiers (*uti*, *frui*).

Les auteurs du Code n'ont pas maintenu, sous ce rapport, la définition que donnaient les textes romains : ils ont considéré qu'en réalité, le *jus utendi* et le *jus fruendi* ne forment qu'un droit unique : *le droit de jouir*. (Inst., § 1er, de usu. et hab.)

Des choses dont un autre a la propriété : La jouissance du propriétaire n'est pas un droit d'usufruit, mais un attribut du droit de propriété, un effet du *dominium*. — Le droit de jouir ne prend le nom d'*usufruit* que lorsqu'il est séparé de la propriété.

Comme le propriétaire lui-même, c'est-à-dire comme le propriétaire jouissait au moment de l'ouverture de l'usufruit, avec les mêmes prérogatives (582, 595-598) et sous les mêmes charges (608 et suiv.) : ainsi, les droits de l'usufruitier ne sont pas bornés à la perception des fruits matériels ; ils s'étendent à tous les avantages, à tous les agréments que la chose peut procurer ; — il doit entretenir les choses dans l'état où elles lui ont été livrées ; — il doit user des servitudes actives, pour prévenir la perte qui pourrait s'opérer par prescription ; — il doit renouveler les inscriptions hypothécaires ; — enfin, il ne peut employer les choses qu'à l'usage auquel elles sont destinées.

Cependant, il ne faut point prendre à la lettre ces mots : *comme le propriétaire :* l'usufruitier ne pourrait, par exemple, louer ou affermer valablement l'héritage dont il a la jouissance, de manière à lier le propriétaire pour un terme excédant 9 années, lorsque l'usufruit s'éteindra, ni rendre obligatoires pour ce dernier les baux renouvelés plus de 2 ou 3 ans avant l'expiration du bail courant, suivant que le droit a pour objet une maison ou un bien rural (1429, 1430, 1718, 595) : ce serait là faire acte de propriété.

A la charge, ou mieux *à condition d'en conserver la substance* (*salvâ rerum substantiâ*); ajoutons : *et tant que cette substance dure*. C'est là ce qui distingue principalement les droits de l'usufruitier de ceux du propriétaire : ce dernier peut abuser, c'est-à-dire détruire la chose, en changer la substance.

On entend, en général, par *substance*, la matière, l'élément d'une chose ; mais, quand il s'agit d'usufruit, ce mot a une signification plus étendue: il exprime le rapport sous lequel la chose a été considérée au moment de l'ouverture du droit, l'ensemble des qualités constitutives de l'objet. sa manière d'être, ce qui fait que cet objet porte tel nom, qu'il est propre à tel usage : ainsi, la substance d'une maison est cette maison ; si elle périt, il n'y a plus que des matériaux.

Le mot *substance* reçoit même ici un sens plus large que dans l'article 1110 : en effet, l'usufruitier ne peut faire aucun changement qui modifierait la destination primitive de la chose ; toutes les fois qu'il change cette destination, il dénature la substance : par exemple, il ne serait pas permis à l'usufruitier de changer, de sa propre autorité, la distribution des appartements, la disposition d'un jardin, ou de convertir une mai-

son d'habitation en hôtellerie, *aut vice versâ*, une hôtellerie en maison d'habitation.

Cependant l'usufruitier pourrait, sans dénaturer la substance, faire les changements accidentels qui lui procureraient une jouissance plus commode, pourvu qu'il usât en bon père de famille ; mais toujours faut-il qu'à la cessation de l'usufruit, le propriétaire retrouve sa chose telle qu'elle existait à l'époque de l'ouverture du droit avec la même destination.

De sa nature, l'usufruit ne peut être établi sur des choses qui se consomment par le premier usage ; néanmoins, les lois ont admis que ces choses pourraient être soumises à un droit analogue à l'usufruit : on donne à ce dernier droit le nom de *quasi-usufruit* (*v.* art. 587).

579 — L'usufruit est établi par la loi, ou par la volonté de l'homme.

= L'usufruit ne peut être séparé de la nue propriété que par une disposition de la loi, ou par la volonté de l'homme.

L'*usufruit* est établi par la loi :

1° Sur les biens des enfants mineurs au-dessous de dix-huit ans et non émancipés, en faveur de celui des époux qui exerce la puissance paternelle (*voyez* art. 384 et 389);

2° Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté (1401, 1528), ou lorsqu'ils ont stipulé qu'ils seront mariés sans communauté (1530, 1531, 1533), ou sous le régime dotal (1540, 1549). — Dans le premier cas, l'être moral appelé *communauté* jouit des biens propres à chacun des époux ; dans les deux autres, le mari jouit des apports de la femme (1);

3° En cas d'absence de l'un des époux : ceux qui ont joui des biens de l'absent, par suite de l'envoi provisoire ou de l'administration légale, ne sont tenus de lui rendre que le 5e des revenus perçus, s'il reparaît avant 15 ans révolus, depuis le jour de sa disparition, et le 1|10e s'il ne reparaît qu'après les 15 ans : après 30 ans d'absence, la totalité des revenus leur appartient (127 C. civ.);

4° En faveur du survivant des père et mère qui vient à la succession de son enfant concurremment avec des collatéraux autres que les frères ou sœurs, ou les descendants d'eux : il a l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété (753-754) (2).

L'usufruit *s'établit par la volonté de l'homme*, lorsqu'il est constitué par le propriétaire de la chose, soit à titre gratuit, par donation entre-

(1) Peut-être serait-il plus exact de dire que dans ces divers cas l'usufruit est constitué par la volonté des époux.

(2) Ce dernier cas est le seul qui ait le caractère d'usufruit ; dans les trois autres, il s'agit plutôt d'une simple *jouissance*. — Cette distinction est importante, à cause de l'hypothèque dont on peut grever l'usufruit, lorsqu'il repose, bien entendu, sur un immeuble (2113).

Du reste, les règles générales tracées dans ce titre sont applicables aux diverses causes de jouissance.

vifs ou par testament, soit à titre onéreux, par vente, transaction, cession, etc.

Il importe peu que le constituant dispose de l'usufruit en se réservant la nue propriété, ou qu'il dispose de la nue propriété en se réservant l'usufruit : ce sont toujours là deux éléments distincts.

L'usufruit peut-il s'établir par prescription ? Le doute naît de ce que le législateur ne s'est pas expliqué à cet égard au titre de l'usufruit, tandis que le titre des servitudes contient une disposition formelle : on peut ajouter que l'article 579 semble conçu en termes limitatifs (comp. cet article avec les articles 690 et 691). — Quoi qu'il en soit, il n'y a rien à conclure du silence que le législateur a cru devoir garder au titre de l'usufruit sur ce mode d'acquisition ; par cela seul qu'il n'est pas exclu, il subsiste ; la règle générale de l'article 2228 exerce son empire : « La possession, porte cet article, est la déten- » tion ou *la jouissance* d'une chose ou d'*un droit* que nous tenons ou » que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui le tient » ou qui l'exerce en notre nom. » — Donc, l'usufruit peut, comme tous autres droits, s'acquérir par prescription, puisqu'il n'est point l'objet d'une disposition exceptionnelle : l'usufruitier, en effet, jouit pour lui seul ; son titre n'est pas précaire. — On conçoit que la loi ait dû déterminer les servitudes qui pourraient s'acquérir par prescription ; car toutes, ainsi que nous le verrons, ne sont pas susceptibles de s'établir de cette manière (comparez les articles 690 et 691).

Quelques personnes insistent cependant : *en fait de meubles*, disent-elles, *possession vaut titre ;* si la chose a été perdue ou volée, la revendication n'est même admise que pendant 3 ans, à partir de la perte ou du vol (2279). — Lorsqu'il s'agit d'*un immeuble*, le possesseur, même de mauvaise foi, devient propriétaire incommutable après l'expiration de 30 années (2262) : — dans l'un et l'autre cas, ce sera donc non-seulement le droit d'usufruit qui se trouvera usucapé, mais encore la propriété pleine et entière ; par conséquent, il ne peut être question de la prescription de l'usufruit. — Ce raisonnement n'est pas sérieux ; nous supposons que la chose est immobilière et que l'usufruitier a en sa faveur titre et bonne foi, c'est-à-dire, que l'usufruit a été constitué par un autre que le propriétaire, et que l'acquéreur a eu de justes raisons de croire que ce droit lui était valablement conféré : en ce cas, nul doute que l'usufruit peut être usucapé séparément de la nue propriété par la possession de 10 ou 20 ans, suivant que le propriétaire du droit revendiqué habite dans le ressort de la cour d'appel dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé, ou qu'il est domicilié hors du ressort (2565) (1).

— En cas de partage judiciaire, le juge pouvait, à Rome, placer dans un lot la nue propriété, et dans un autre lot l'usufruit du même objet ; c'était là ce qu'on

(1) Zach., t. 2, § 223; Delv., t. 1er, p. 528; Toullier, no 393; Dur., t. 4, no 502, et t. 21, no 353; Vaz., Prescrip., nos 131, 136, 361 et 569; Proudhon, nos 751, 950 et suiv.; Troplong, Prescrip., no 835; — Cass., 17 juillet 1816, Dev. Pal.; Pau. 5 janvier 1838; Pal. 1841, 2, 125. — *Voy.* cep. Salviat, art. 124; Thémis, t. 6, p. 252.

appelait l'*adjudication*. Ce mode particulier de constitution de l'usufruit peut-il être employé chez nous, nonobstant le silence que garde l'article 579? ∾ En principe, les lots doivent, autant que possible, contenir une égale quantité de choses de même nature (832); si les biens ne peuvent se partager commodément, il faut les faire liciter. (Arg. des art. 827 et 833.) Le juge dépasserait donc ses pouvoirs, s'il prenait sur lui de faire un semblable arrangement (1).

Un propriétaire vend sa moisson pendante par racines; il lègue ensuite l'usufruit de ses immeubles: à qui doit-on payer la prix? Est-ce au légataire ou à l'héritier du testateur? ∾ Duranton, n° 540, enseigne que le prix appartient à l'usufruitier, sauf toute stipulation contraire, parce qu'il représente les fruits auxquels l'usufruitier pouvait prétendre lorsque son droit s'est ouvert. ∾ Mais on répond que, par l'effet de la vente, le droit aux fruits s'est trouvé converti en une créance; qu'à l'instant même du contrat, les fruits sont devenus chose d'autrui, et que la créance est entrée dans le domaine du vendeur, nonobstant les termes stipulés pour les payements: dès lors, cette créance doit appartenir à l'héritier, puisqu'il continue la personne de son auteur (2).

Supposons maintenant que l'usufruitier ait vendu une récolte parvenue à sa maturité, ou, ce qui revient au même, une coupe de bois: s'il décède avant que la moisson ou la coupe soit faite, la vente produira-t-elle son effet? ∾ D'une part, on raisonne ainsi: puisque l'usufruitier peut, au moyen d'un bail, aliéner des fruits à échoir (505), à plus forte raison peut-il vendre les fruits qui sont parvenus à leur maturité; car c'est alors de sa propre chose qu'il a disposé, et le bail n'est en réalité qu'une vente de fruits faite par anticipation; toutefois, le prix de la moisson ou de la coupe sera payé au propriétaire, puisque ce prix représente les fruits auxquels il pouvait prétendre suivant l'art. 584 (3). ∾ On répond, avec raison selon nous, que l'usufruitier céderait ainsi plus de droit qu'il n'en aurait lui-même: sans doute, il peut vendre, mais cette vente est subordonnée à la condition tacite qu'il aurait pu récolter; or, les fruits sur pied appartiennent au propriétaire. — Il est inexact d'assimiler une vente à un bail: ces contrats ne sont pas soumis aux mêmes règles; d'ailleurs, par le bail on ne vend pas les fruits; on confère le droit de jouir de l'héritage, voilà tout. — Ajoutons que le bail est vu avec faveur, car il a pour but d'assurer la culture des terres, ce qui intéresse la société; tandis que, nonobstant une vente de fruits, le propriétaire devra chercher un fermier lorsque l'usufruit s'éteindra. — L'usufruitier, dit-on, dispose de ce qui lui appartient; erreur: il ne fait les fruits siens que par la perception.—Le système que nous combattons conduit dailleurs à une contradiction: le prix de la vente, disent nos adversaires, doit être payé au propriétaire. S'il en est ainsi, les fruits n'appartenaient donc pas à l'usufruitier; dès lors, à quel titre ce dernier aurait-il pu les vendre? — On objecte que l'usufruitier pouvait céder son droit. Nous ne croyons pas devoir nous arrêter à cet argument; il est évident que le mot *cession* ne reçoit pas, dans l'article 595, le sens qu'on veut lui prêter, puisque le droit du cessionnaire s'éteint à la mort de l'usufruitier. —Au résumé, pour convertir les fruits naturels ou industriels en fruits civils, il faut, aux termes de l'article 586, donner le fonds à bail; alors seulement les fruits s'acquièrent jour par jour; hors ce cas, ils ne s'acquièrent que par la perception; la règle générale conserve son empire: l'acheteur ne peut avoir plus de droits que son vendeur. Dans l'espèce proposée, non-seulement le propriétaire pourra exiger le prix, mais encore il pourra s'opposer à l'enlèvement des fruits

(1) Toullier, n° 391; Dur., n° 489; Proudhon, n° 304. — *Voy.* cep. Malleville sur l'article 579.

(2) Proudhon, n° 994.

(3) Pothier, Domaine, n° 205; Zach., p. 14; Favard, Usuf., § 2, n° 2; Dur., n° 454, t. 4; Toullier, n° 401; Delv., p. 134, n° 2; — Cass., 21 juillet 1818, Dev. Pal.; — D., Usuf., p. 795.

non encore détachés du sol au moment où l'usufruit cessera; la vente de ces fruits sera comme non avenue par rapport à lui.—En un mot, l'usufruitier a disposé sous la condition tacite que les fruits seront perçus avant l'extinction de son droit (1).

580 — L'usufruit peut être établi, ou purement, ou à certain jour, ou à condition.

= L'usufruit est soumis à toutes les règles du droit commun sur la disposition des biens; on doit seulement éviter de porter atteinte aux conditions qui le caractérisent.

Ce droit peut être constitué avec ou sans charges, *purement et simplement*, c'est-à-dire, sans terme ni condition. — *A certain jour;* ce qui s'entend de deux manières : *ex die*, pour commencer au bout d'un certain temps, par exemple dans six mois ; — *ad diem*, pour finir à une époque déterminée, par exemple après dix ans de jouissance, ou lorsqu'un tiers aura atteint un âge fixé. — *Sous une condition suspensive ou résolutoire :* suspensive, lorsque l'usufruit ne doit commencer qu'à l'événement de la condition (1181), par exemple si tel vaisseau arrive d'Asie (1183) ; résolutoire, lorsqu'il doit prendre fin si l'événement se réalise : en un mot, toutes les modalités stipulées par les parties produisent leur effet.

L'usufruit peut être établi en faveur de plusieurs personnes pour en jouir *simultanément* ou *successivement.*

Lorsqu'elles sont appelées *simultanément*, le partage des fruits s'opère entre elles suivant la convention, ou suivant les termes de la disposition.

Mais le droit d'accroissement a-t-il lieu (2) ? — La question ne peut naître lorsque le droit est constitué entre-vifs (à titre gratuit ou à titre onéreux); car il intervient autant de contrats spéciaux qu'il y a de contractants : à chaque décès, l'usufruit s'éteint nécessairement et se réunit pour partie à la nue propriété; il ne peut y avoir de portions vacantes (1119).

Quid, lorsque l'usufruit est constitué par testament ? — La règle des articles 1044 et 1045, suivant laquelle la part du *renonçant* ou de *l'incapable* se réunit, par la seule force de la loi, à celle du copartageant *capable* qui accepte la disposition, produit-elle son effet ?

Suivant les principes du droit romain, le droit d'accroissement avait lieu sans distinction en matière d'usufruit, que le legs fût devenu caduc, c'est-à-dire, qu'il eût été frappé d'inefficacité par une cause indépendante du fait du disposant; par exemple, si le légataire n'avait pas accepté, s'il était devenu incapable, s'il était mort avant le testateur

(1) Proudhon, nos 991, 995-999; Zach., p. 14; Mercadé sur l'art 585;— Douai, 9 avril 1816; Orléans, 10 août 1815. Dev. Pal. — Ces deux arrêts ont été confirmés, mais par ce motif que l'acte constitutif de l'usufruit avait été passé avant le Code; or, suivant les principes de notre ancienne jurisprudence, la vente aurait été nulle.

(2) On nomme *accroissement* la réunion qui s'opère par le seul effet de la loi, de la part du renonçant ou de l'incapable, à celle du colégataire capable qui accepte.

(ff. de usuf. accresc., l. 1, § 3); ou que le droit d'usufruit, d'abord valablement accepté et acquis, eût ensuite pris fin dans la personne du légataire : cette doctrine avait passé dans notre ancienne jurisprudence. —« Le legs d'usufruit, disait Ricard, consiste particulièrement en fait et en jouissance, de sorte que c'est la possession qui le conserve, et le concours y est toujours considérable présentement, à la fin et dans tous les moments que le legs doit durer ; ce qui fait que l'un des légataires venant à mourir et cessant de faire concours, sa part accroît aux autres pendant la durée de l'usufruit, *quoique après avoir reconnu le legs.* »

Ainsi, le droit d'accroissement était admis en matière d'usufruit, non-seulement en cas de caducité, mais encore après le décès du constituant, lorsque l'usufruit légué s'éteignait : c'était là une exception, puisqu'en principe, l'accroissement suppose le cas de caducité (1044 et 1045), c'est-à-dire que le legs n'a pu produire son effet.

Les auteurs du Code ont-ils entendu consacrer cette exception? Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : les divers légataires ont été saisis, *ab initio*, de l'usufruit en totalité; dès lors, ce n'est point de la loi que le survivant tient son droit, mais de la volonté de l'homme ; il recueille la part du prédécédé non à titre d'accroissement, mais *jure non de crescendi ;* si sa jouissance n'a pas été exclusive dans le principe, c'est uniquement parce qu'il se trouvait en concours avec un autre légataire. Le droit de ce dernier cessant, le sien reste seul ; par conséquent il doit être admis à jouir de l'usufruit entier : *cessante causâ, tollitur effectus* (1).—Nous répondrons qu'il s'agit d'établir une exception à la règle générale des articles 1044 et 1045. Pour qu'elle fût admise, il faudrait un texte formel ; or, ce texte n'existe pas ; donc les règles générales sur l'accroissement entre colégataires de la propriété doivent s'appliquer aux colégataires de l'usufruit. — Au résumé, le droit d'accroissement s'évanouit dès le moment où les colégataires se présentent pour recueillir; il s'établit alors autant d'usufruits qu'il y a de légataires : si l'un d'eux meurt après avoir accepté, sa part se réunit donc à la nue propriété (2). L'accroissement après la prise de possession des divers usufruits serait une sorte de substitution, de la nature de celles que la loi prohibe (896).

Nous excepterons le cas où le titre, prévoyant l'extinction du droit dans la personne de l'un des colégataires, attribuerait expressément cette portion aux autres ; mais alors, ce ne serait plus là un effet de l'accroissement proprement dit, puisqu'il ne résulterait point de la loi : on ne verrait dans cette disposition qu'un legs conditionnel fait aux survivants ; à mesure que le nombre des concurrents diminuerait, leur part usufructuaire se réunirait successivement à celle des autres,

(1) Aix, 11 juillet 1818 ; D., p. 32, 265 ; Pal., 582, 432 ; Dev., 1838, 2, 47; Cass., 1er juillet 1841, Dev., 1841, 1831 ; D., p. 41, 1, 270 ; Pal., 41, 2, 599.

(2) Proudhon, t. 2, nos 554 et suiv.; Toullier, 25, no 699; Grenier, Don, no 353 ; Favard, Rép., vo Testament, sect. 3, § 3, no 5 ; Merlin, Rep., vo Usufruit, § 5, art. 1er; Dur., t. 4, nos 496, 675.

en sorte que le dernier arriverait ainsi à la jouissance totale (1).

Duranton, nº 657, modifiant cette théorie qu'il a longuement développée, pense que la réunion à la nue propriété n'a pas lieu lorsque l'objet soumis au droit d'usufruit n'est pas susceptible d'être divisé sans détérioration (1045). « Dans le cas de semblables legs, dit cet auteur, le tout a été attribué à chacun des colégataires séparément; quand le concours ne peut plus s'opérer, celui qui se trouve seul doit, par conséquent, jouir du tout par la disparition de la cause qui faisait obstacle à l'exercice de son droit tel qu'il avait été constitué. »

Cette modification est inadmissible : il ne s'agit point ici du legs de la propriété, mais du legs d'usufruit; or, ce droit de sa nature est essentiellement divisible, puisqu'il a principalement pour objet la perception des fruits : peu importe que l'objet sur lequel repose le droit ne soit pas susceptible de division, il arrivera seulement que le nu-propriétaire, se trouvant aux lieu et place de l'usufruitier, viendra recueillir la part qui aurait appartenu à ce dernier, et qu'il supportera les frais dans la même proportion.

Nous reviendrons sur les règles de l'accroissement au titre des donations et testaments, siége de la matière.

Passons à l'hypothèse où plusieurs personnes sont appelées *successivement* au droit d'usufruit.—Ce droit n'est pas héréditairement transmissible (2); la volonté de l'homme ne saurait même, sous ce rapport, modifier son caractère; il s'éteint nécessairement avec la personne de l'usufruitier (617) (Proudhon, nº 309). Mais rien ne s'oppose à la constitution de plusieurs usufruits successifs (3) : l'un pur et simple, qui produit immédiatement son effet; les autres conditionnels, en ce sens que leur efficacité est subordonnée à la condition que les divers usufruitiers seront capables au moment où le droit s'ouvrira à leur profit (4).

Du principe que les usufruits successifs ont une existence propre et indépendante il résulte :

1º Que chacune des personnes appelées doit, avant d'entrer en jouis-

(1) Dur., nºs 655 et 656; Zach., p. 23; Toullier, t. 5, nº 448; Delv., p. 93, nº 8; Proudhon, t. 2, nº 675.

(2) Le legs d'usufruit successif diffère, sous ce rapport, de la substitution, sorte de disposition qui fait passer le même droit sur la tête du survivant. (*Voy.* 1949 et suiv.)

(3) Pourvu que les divers usufruitiers n'excèdent pas le nombre trois.—Dans tous les cas, après l'expiration de 99 ans, l'usufruit se réunirait à la nue propriété (arg. de la loi de 1790 et des règles établies sur l'emphytéose; *voy.* p. 396).—Toute autre convention serait contraire à l'essence du contrat dont il s'agit; l'ordre public s'oppose à ce que l'usufruit reste indéfiniment séparé de la nue propriété; le droit conféré n'aurait d'usufruit que le nom (arg. des termes de l'article 619, lequel déclare que l'usufruit accordé à des communes ou à des établissements publics ne dure que trente ans; Dur., nº 491, note).

(4) Paris, 20 mars 1813; S., 13, 2, 300, Pal. Dev. — Il en est, dit Proudhon, nº 310, de cette succession de jouissance comme du droit de survivance que le gouvernement accorde à un citoyen pour succéder un jour à un office de notaire : lorsque le successeur ainsi nommé se trouve appelé aux fonctions vacantes par la mort ou la démission du notaire, ce n'est point par voie de transmission, puisque ces fonctions ne sont pas transmissibles ; or, de même que le deuxième titulaire ne tient son droit que du gouvernement, de même le deuxième usufruitier ne peut tenir le sien que du disposant.

sance, se conformer aux dispositions des articles 600 et 601, c'est-à dire, fournir une nouvelle caution, et faire procéder à un nouvel inventaire (Proudhon, nº 929);

2º Qu'elles jouiraient de leur droit, lors même que leur prédécesseur n'aurait pas usé du sien, et cela sans qu'on pût leur opposer aucune prescription; car elles sont comme substituées *vulgairement*. (*Voyez* art. 898).

L'usufruit peut être constitué soit à titre gratuit (par donation ou par testament, par exemple lorsque la nue propriété est donnée ou léguée à une personne et l'usufruit à l'autre, ou lorsque le propriétaire dispose de l'usufruit seulement) (1), soit à titre onéreux (c'est-à-dire par vente ou transaction).

Dans l'un et l'autre cas, l'usufruit successif est constitué par cela seul qu'il est régulièrement concédé, indépendamment d'aucun fait de possession de la part de l'usufruitier : c'est là une conséquence nécessaire des nouveaux principes suivant lesquels le droit de propriété s'acquiert sans qu'il soit besoin de tradition (711, 1138). — Cette règle doit s'appliquer aux démembrements de la propriété comme à la propriété elle-même.

Les conditions requises pour la validité d'un titre dont le but est de transférer la nue propriété sont également indispensables pour constituer un droit d'usufruit : ainsi, les donations doivent être faites en forme authentique et acceptées par le donateur (921 et 932) (2).

Quel est l'effet de l'usufruit constitué au profit d'une personne et de *ses héritiers?* Distinguons : l'acte est à titre gratuit ou il est à titre onéreux. — Occupons-nous d'abord du premier cas.

Point de question, lorsque la constitution est l'objet d'un acte entre-vifs ; la volonté du constituant ne peut être douteuse : on connaîtra nécessairement le donataire, puisque la donation ne peut se former que par le concours des deux volontés (932).

Mais *quid* si l'acte est testamentaire? En principe, on ne peut léguer à une personne incertaine; il faut que l'attention du disposant ait pu se porter sur l'individu qu'il entend gratifier (906). La disposition conçue en ces termes : « Si Marie vient à concevoir après ma mort, je lègue à l'enfant qui naîtra d'elle la jouissance de telle propriété, » serait donc nulle quand même l'événement prévu s'accomplirait. *Pour être capable de recevoir entre-vifs, il faut être conçu au moment de la donation; pour être capable de recevoir par testament, il faut être conçu à l'époque du décès du testateur :* l'article 901 est formel. — Par conséquent, dans l'espèce, les héritiers nés ou conçus au moment de la mort du constituant pourront seuls prétendre à l'usufruit.

Bien plus, l'expression *héritiers* doit s'entendre ici *stricto sensu*, car il s'agit de prolonger la restriction mise à l'exercice libre et entier du

(1) La constitution d'usufruit peut résulter en outre du legs de la nue propriété; mais alors il y a plutôt réserve de l'usufruit, puisque ce droit n'est ni légué ni donné. (L. 14, C. de usuf.)

(2) Zach., t. 2, § 224; Dur., t. 4, nº 487; Toullier, t. 5, nºs 394 et 395.

droit de propriété, ce que la loi voit avec défaveur; elle ne comprend que les *enfants* ou les *descendants* de l'usufruitier (l. 14, C. de usuf.). Les héritiers d'un autre ordre n'en jouiraient donc pas, à moins d'une déclaration contraire. Dans le doute, les tribunaux apprécieront (1).

Du principe que les héritiers appelés tiennent leur droit du constituant, il résulte :

1° Que leur auteur ne pourrait, par aucune disposition, attribuer à ses enfants des parts inégales dans la jouissance ;

2° Que, pour participer à l'usufruit, les enfants ne sont pas tenus d'accepter la succession de leur auteur, en supposant, bien entendu, que le testateur ait entendu gratifier les héritiers présomptifs *personnellement;* autrement, ils ne pourraient bénéficier du legs, car la renonciation détruit la qualité d'héritier (785);

3° Que ce droit n'entre point dans la masse pour l'évaluation de la réserve, puisqu'il ne provient pas du patrimoine paternel ;

4° Que le rapport n'en est point dû par les héritiers (843);

5° Enfin, que chacun d'eux doit, au moment où l'usufruit s'ouvre à son profit, se conformer aux dispositions des art. 600 et 601.

Supposons maintenant que l'usufruit a été constitué à titre onéreux ; on voit également en ce cas plusieurs usufruits successifs : l'un commence quand l'autre finit.

De même que dans l'hypothèse de constitution à titre gratuit, les héritiers ne peuvent se présenter qu'autant que le droit a été formellement stipulé en leur faveur (arg. de l'art. 617) : ils ont alors une action pour obtenir de nouveau la délivrance de la chose ; un nouvel inventaire et une nouvelle caution sont nécessaires. (Proudhon, nos 326 et suiv.; Dur., no 491.)

Mais une question s'élève : le droit est-il restreint aux héritiers qui étaient conçus à l'époque du contrat? D'une part, on peut raisonner ainsi : l'usufruit est un droit essentiellement personnel; les termes de la loi sont explicites : dire que l'usufruit prend fin par la mort, c'est évidemment déclarer qu'il ne peut être constitué qu'en faveur d'une personne existante : libre assurément aux parties de subordonner la constitution de ce droit à telles conditions qu'elles jugent convenables; mais il n'est pas en leur pouvoir d'en changer la nature ; les règles spéciales auxquelles il se trouve soumis ont d'ailleurs pour cause l'ordre public.—Les art. 1121 et 1122 sont inapplicables en matière d'usufruit ; ces articles supposent que la stipulation a pour objet un droit héréditairement transmissible; or, l'usufruit n'a pas ce caractère ;— puisque la constitution du nouveau droit ouvert au profit des héritiers est établie conditionnellement par l'effet de la convention intervenue, il faut nécessairement admettre qu'à cette époque, toutes les personnes

(1) Mais toujours est-il que les appelés ne doivent pas excéder le nombre de trois, et que l'usufruit ne peut rester séparé de la nue propriété plus de 99 ans (Proudhon, no 317).— Tout cela, nous le reconnais ons, est arbitraire ; on serait fondé à répondre que la loi de 1790, sur laquelle on s'appuie, statue seulement sur les rentes et sur les baux emphytéotiques, et qu'il est dangereux d'étendre des règles exceptionnelles d'un cas à un autre.

appelées à en profiter ont été capables de stipuler au moins par un représentant légal ; en d'autres termes, qu'elles ont existé (1).

Ces considérations, assurément, ne manquent pas de gravité; mais on perd de vue qu'il y a transmission de la stipulation, encore bien qu'il n'y ait point transmission du droit d'usufruit, puisque les héritiers agissent en vertu d'un contrat passé avec leur auteur, en vertu d'une action qu'ils trouvent dans sa succession ; dès lors, la question de savoir si les héritiers ont existé ou non au moment du contrat est indifférente, puisque le droit leur parvient par la médiation du défunt, lequel avait pouvoir et qualité pour acquérir, dans l'intérêt de son successeur, sans l'intervention de celui-ci, quel qu'il pût être un jour (1121-1122; Proudhon, n° 328).—La difficulté est unanimement tranchée dans ce dernier sens par la doctrine et dans la pratique.

Puisque le bénéfice de la stipulation est héréditairement transmis, nous déciderons :

1° Qu'il faut avoir accepté la succession du stipulant pour en profiter (Proudhon, n° 328);

2° Que le droit entre pour sa valeur actuelle dans la masse active sur laquelle doit se faire le calcul de la réserve (913 et 922);

3° Que, si ce droit est stipulé au profit seulement d'un ou de plusieurs héritiers déterminés, le rapport en est dû à la succession (843).

Nous répéterons, du reste, ce que nous avons dit pour le cas de constitution à titre gratuit, que les héritiers ne sont appelés qu'autant que l'acte les comprend expressément, et que le mot *héritiers*, à moins de stipulation contraire, ne s'entend que des *enfants* et des descendants (Proudhon, nos 217 et suiv.).

581 — Il peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles.

= Tout ce qui est susceptible de procurer quelque utilité, profit ou agrément, peut être l'objet d'un droit d'usufruit, telle est la règle générale : ainsi, on peut établir ce droit sur des universalités (754, 384, 1400, 1530, 1531, 1533, 1549, 1562, 1571) comme sur des choses individuelles (612, 1003, 1010 comb.).—Nous n'exceptons même ni l'usufruit, ni la rente viagère, ni le droit de jouissance résultant d'un bail; dans ces divers cas, l'usufruit absorbe toute l'utilité du droit sur lequel il repose, sous la condition, bien entendu, d'acquitter les charges (2) ; il prend même le caractère de ce droit.

Toutefois, l'usufruit ne peut être constitué que sur des choses qui sont susceptibles de restitution, sur des choses *non fongibles;* en d'autres termes, l'usufruitier ne jouit que *salvâ rerum substantiâ.* (*V.* p. 700 et 716.)

(1) M. Marcadé nous paraît incliner vers ce système, n° 2, sur l'art. 617.

(2) Dur., t. 4, nos 479 et suiv.; Proudhon, t. 1er, nos 367 et suiv.; D., Usuf., ch. 1er, sect. 1re; Zach., p. 4.

La loi déclare, il est vrai, que les choses fongibles peuvent appartenir à l'un pour la propriété et à l'autre pour l'usufruit (587) ; mais alors ce n'est plus là qu'un usufruit imparfait : aussi, dans la doctrine, désigne-t-on ce droit sous le nom de *quasi-usufruit*.

Quant aux servitudes proprement dites, considérées séparément de ce fonds, elles ne constituent pas des biens, puisqu'elles n'existent qu'en faveur du fonds dominant, pour en faciliter l'exploitation; dès lors, on ne peut les grever d'usufruit.

Rien ne s'opposerait, du reste, à ce que l'on constituât une servitude pour la durée d'un droit d'usufruit établi sur le fonds dominant.

SECTION Ire.

DES DROITS DE L'USUFRUITIER.

On peut considérer les droits de l'usufruitier sous deux principaux rapports : relativement aux fruits, relativement aux actions qui peuvent lui compéter.

L'usufruitier a une action personnelle contre le constituant ou contre son héritier, pour obtenir sa mise en possession. — Investi d'un *droit réel* (*jus in re*), il a de plus une action en revendication contre les tiers détenteurs soit de l'immeuble, soit des meubles soumis à l'usufruit, lorsqu'ils ont été perdus ou volés ; seulement, dans ce dernier cas, l'exercice de l'action est restreint à 3 années (2279).

Une fois mis en possession, l'usufruitier possède *pro suo*, comme propriétaire; on doit lui reconnaître, en conséquence (quand il s'agit d'un immeuble, bien entendu), l'exercice des actions possessoires, c'est-à-dire, l'action en *complainte*, pour se faire maintenir en possession, s'il est troublé, et l'action en *réintégrande*, pour recouvrer cette possession, si un tiers s'en est emparé (23 Pr.). — Lorsque l'auteur du trouble prétend à quelque droit qui touche à la propriété du fonds, l'usufruitier doit dénoncer le fait au propriétaire : tel serait le cas où la contestation s'élèverait à l'occasion d'un partage (1).

Tous les *fruits* appartiennent à l'usufruitier.

On nomme *fruits*, les produits qui naissent et renaissent de la chose, ou les émoluments qu'elle procure périodiquement, *suivant sa destination.*

Nous disons *suivant sa destination*, car on ne peut considérer comme fruits indistinctement tous les produits de la chose : ainsi, les arbres de haute futaie ou les pierres extraites d'une carrière ne deviennent fruits qu'autant que le propriétaire a organisé la coupe ou l'extraction.

L'usufruitier acquiert les fruits à partir du jour de l'ouverture de son droit, c'est-à-dire, dans les constitutions d'usufruit par acte entre-vifs (à titre gratuit ou à titre onéreux), du jour du contrat. — Dans les dispositions testamentaires, sa jouissance commence, savoir : si l'usufruit

(1) Proudhon, nos 1242 et suiv.; — Bordeaux, 25 juin 1856, Pal., 1857, 1 96.

est à titre particulier, du jour de la demande en délivrance (*V.* p. 746) (1); — s'il est constitué à titre universel, du jour du décès, pourvu que l'usufruitier légataire ait formé sa demande dans l'année : après l'expiration de ce délai, il n'a plus droit aux fruits qu'à partir de la demande (arg. des art. 1005, 1014, 1015).

La règle suivant laquelle l'usufruitier peut prétendre aux fruits à partir du jour où son droit est ouvert reçoit une application pleine et entière lorsqu'il s'agit de fruits civils, car ces fruits s'acquièrent jour par jour (586); quant aux fruits naturels ou industriels, il faut de plus qu'ils aient été perçus (c'est-à-dire, réellement détachés du sol), à leur maturité, avant l'extinction de l'usufruit; ceux qui sont encore pendants par branches ou par racines au moment où le droit cesse appartiennent au propriétaire, puisqu'ils font corps avec le fonds (585).

Il peut donc arriver que l'usufruitier, de même que le propriétaire, profite des fruits provenant des semences et du travail de l'autre. — La loi fait l'application de ces principes aux différentes sortes de biens sur lesquels le droit est établi (588, 591).

Il est de la nature de l'usufruit que la substance soit conservée; cependant, nous avons déjà dit que l'on peut constituer ce droit sur des choses qui se consomment par l'usage, à charge toutefois par l'usufruitier d'en rendre l'équivalent à la fin de l'usufruit (587).

L'usufruit de certains biens est soumis à des règles spéciales (588, 594, 598, 615 et 616).

L'étendue et les limites du droit de l'usufruitier sont déterminées dans les art. 582, 592, 599.

Abstraction faite des modifications qui peuvent résulter des termes de son titre, l'usufruitier jouit comme le propriétaire lui-même; par conséquent, il profite de tous les avantages attachés à la possession, il peut même céder son droit (595).

Nous verrons successivement :

1° En combien de classes les fruits sont divisés (582-584);

2° Comment les fruits s'acquièrent (585, 591, 595, 598);

3° Quelles sont les choses sur lesquelles s'étend accessoirement l'usufruit (592, 594, 596 et 597);

4° Quelles sont les obligations du nu propriétaire (art. 599).

Distinction des fruits.

582 — L'usufruitier a le droit *de jouir de toute espèce de fruits* (2), soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit.

(1) Gren., Don., p. 303; Dur., n° 520; Zach., § 227; Proudhon, n°s 393 et suiv.

(2) Inexactitude : 1° l'usufruitier ne jouit pas des fruits, mais de la chose : il acquiert la propriété des fruits; 2° l'usufruitier ne profite que des fruits ordinaires, c'est-à-dire, des produits périodiques de la chose, suivant sa destination.

= L'usufruitier n'a pas seulement, comme le dit improprement notre article, le *droit de jouir* des fruits, mais encore celui de les recueillir à son profit.

Le mot *fruit* ne s'entend ici que des produits périodiques de la chose, suivant sa destination.

583 — Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi de fruits naturels.

Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture.

= On distingue deux sortes de fruits : les fruits naturels et les fruits civils.

On nomme fruits *naturels* les produits de la terre.

Les fruits *civils* sont ceux que l'on perçoit à l'occasion d'une chose, sans qu'ils naissent directement de cette chose, les revenus en un mot : tels sont les loyers des maisons, les intérêts des capitaux, etc.

Les fruits naturels se divisent en fruits purement naturels et en fruits industriels.

Les fruits purement naturels sont ceux que la terre produit sans être sollicitée par la culture : tels sont les foins, les bois et les glands.

On range dans cette classe, le produit et le croît des animaux : le *produit*, c'est-à-dire, la laine, le fumier, le lait, etc. ; le *croît*, c'est-à-dire leurs petits. Le croît profite par conséquent à l'usufruitier.

Les fruits *industriels* sont ceux que la terre produit à l'aide du travail de l'homme ; tels sont les légumes, les moissons, etc.

La division des fruits en naturels et industriels est purement théorique ; elle n'a point d'intérêt pour l'usufruitier ; mais la distinction établie entre ces sortes de fruits et les fruits civils est d'une haute importance.

584 — Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles (1), les arrérages des rentes.

Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils (2).

= En vue de tout comprendre dans une même division, le législateur

(1) C'est-à-dire qui peuvent être exigées, par opposition au capital des rentes.

(2) Cette disposition (*voy.* aussi 586), spéciale pour les baux à ferme, nous révèle une innovation ; autrefois, le prix des baux à ferme n'était pas rangé parmi les fruits civils; on examinait lequel de l'usufruitier ou du nu propriétaire aurait eu droit aux fruits naturels de la ferme, s'il n'y avait pas eu de bail : si l'usufruitier était mort avant que la récolte fût faite, le prix du bail était considéré comme la représentation des fruits naturels, et attribué au nu propriétaire ; — s'il était mort depuis la récolte, il était réputé avoir vendu les fruits récoltés moyennant un prix égal au prix du bail ; en ce cas, les fruits lui étaient acquis. — Le Code rejette cette distinction : dans l'un et l'autre cas, il considère le prix du bail comme fruit civil; il écarte ainsi une foule de procès qui s'élevaient lorsqu'il s'agissait de déterminer la part qui, dans le prix général des fermages, était représentative des récoltes faites et des récoltes à faire. (Pothier, Douaire, n° 203.)

met les fermages au nombre des fruits civils, bien que le prix annuel ne soit que la représentation des fruits *naturels* que le fermier est autorisé à recueillir: mais il a considéré que l'usufruitier a fait subir aux fruits, en affermant l'immeuble, le sort des fruits civils ordinaires ; car l'usufruitier n'a d'autre droit, que celui d'exiger des locataires ou des fermiers le prix des loyers ou des fermages.

Remarquez cette expression : *le prix des baux à ferme*. On distingue, en effet, deux sortes de preneurs : les fermiers et les colons partiaires. Le fermier paye son prix soit en argent, soit en une quantité fixe de grains ou de denrées; il doit ce prix, que l'année soit bonne ou mauvaise. — Le colon partiaire doit une portion aliquote de fruits, à prendre en nature sur le fonds; par exemple, la moitié, le tiers, le quart de la récolte : les fruits conservent leur caractère ; ils ne sont point aliénés moyennant un prix annuel ; il y a seulement lieu à un partage entre le bailleur et le preneur ; l'un et l'autre participent aux bénéfices et aux pertes.

Comment s'acquièrent les fruits?

585 — Les fruits naturels et industriels, pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier (1).

Ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit appartiennent au propriétaire, sans récompense de part ni d'autre des labours et des semences, mais aussi sans préjudice de la portion des fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la cessation de l'usufruit (2).

= Les fruits naturels ou industriels ne s'acquièrent que par la perception; ils sont réputés perçus dès qu'ils ont cessé, par une cause quelconque, d'adhérer au sol, fût-ce par l'effet d'un coup de vent. — On n'exige pas chez nous, comme à Rome (*Instit.*, § 36, de rer. div.), que l'usufruitier ait récolté les fruits par lui-même ou par les siens.

Les fruits non encore perçus font partie de l'immeuble (520); par conséquent, ils suivent cet immeuble entre les mains de ceux qui ont droit d'en jouir.

La loi fait ici l'application de ces principes : elle déclare que l'usufruitier devient propriétaire de tous les fruits qui sont pendants au moment où l'usufruit est ouvert, et qu'il profite de tous ceux que la chose produira; par suite, le propriétaire et l'usufruitier doivent se tenir compte, réciproquement, des fruits que l'un a perçus depuis l'ouverture de l'u-

(1) Mauvaise rédaction : l'usufruitier n'a que le droit d'acquérir un jour les fruits.

(2) Cette disposition est critiquée par Dur., n° 527.

sufruit, et l'autre depuis que son droit a pris fin : on ne peut, en effet, les assimiler à des tiers possesseurs de bonne foi, puisqu'ils sont toujours censés connaître l'étendue de leurs droits respectifs.

Si une partie seulement de la récolte est coupée à l'époque où s'ouvre l'usufruit, ou au moment où ce droit cesse, la portion encore sur pied appartient, dans le premier cas, à l'usufruitier, et, dans le deuxième, au propriétaire (arg. de l'art. 520).

En décidant que les fruits naturels ou industriels s'acquièrent par la perception, la loi suppose qu'ils ont été détachés du sol depuis *leur maturité* ou conformément à l'usage : si des coupes anticipées avaient eu lieu, des dommages-intérêts seraient dus, suivant les cas, soit au propriétaire, soit à l'usufruitier (1).

L'hypothèse suivante peut se présenter : d'une part, l'usufruitier a fait des coupes anticipées ; d'autre part, il a laissé sur pied des fruits qu'il aurait pu recueillir : établira-t-on en ce cas une compensation ? L'indemnité, disent quelques auteurs, suppose nécessairement un dommage causé ; or, le dommage, dans l'espèce, n'existe pas : si l'usufruitier a pris trop d'un côté, de l'autre il a laissé sur pied les fruits qu'il était autorisé à recueillir. (Dur., n° 548.)

Cette décision nous paraît inadmissible ; l'article 584 repousse toute distinction ; la règle est absolue ; les fruits qui adhèrent au sol : suivent l'immeuble ; par conséquent, dans l'espèce, ils sont déférés au propriétaire ; tant pis pour l'usufruitier s'il n'a pas usé de son droit; cette négligence ne saurait pallier sa faute. On ne comprendrait pas qu'il pût compenser l'indemnité qu'il doit pour abus de jouissance, avec des fruits qui, aux termes de la loi, ne lui ont jamais appartenu. (D., Usuf., p. 800.)

Notre article, s'écartant des règles de notre ancienne jurisprudence sur l'usufruit, refuse à l'usufruitier et au propriétaire le droit de réclamer l'un contre l'autre aucune indemnité pour frais de labours et semences; une compensation de chances s'établit donc entre eux. — On évite, par ce moyen, les embarras d'une expertise qu'il aurait fallu faire, tant au commencement qu'à la fin de l'usufruit, et surtout des contestations.

Nous parlons seulement des rapports établis entre le propriétaire et l'usufruitier ; il va de soi que la réciprocité de chances établie entre eux ne peut préjudicier aux tiers qui ont fait sur le fonds des travaux de culture : nul doute que ces tiers conserveraient la faculté d'agir contre celui entre les mains de qui passerait l'immeuble, pour obtenir le payement de ce qui leur serait dû ; car nul ne doit s'enrichir aux dépens

(1) Dur., t. 4, n° 531; Zach., p. 26; Proudhon. *Voy.* cep. Delv., sur l'article 585.—Nous ne parlons pas ici des fruits destinés à un usage auquel ils ne seraient plus propres si l'on attendait l'époque de leur maturité : il existe, en effet, pour plusieurs sortes de fruits, une maturité relative qui dépend du but que s'est proposé le cultivateur : ainsi, les prairies artificielles, les plantes potagères et les céréales mêmes en certains cas, sont coupées en vert; les oranges, les citrons et les olives sont toujours cueillis avant leur maturité, autrement on ne pourrait les conserver. (Rennes, 26 janvier 1818, Dev. Pal.) Évidemment le possesseur du fonds a le droit de percevoir ces fruits sans indemnité pour son successeur, pourvu qu'il se conforme à l'usage ; mais ce cas est exceptionnel.

d'autrui (1381); sauf ensuite le recours de ce dernier contre celui qui était tenu personnellement de ce payement (1) comme ayant ordonné les dépenses.

L'usufruitier pourrait prétendre à une indemnité, s'il s'était trouvé, par un fait imputable au propriétaire, empêché de récolter; mais aucune réclamation ne serait admise, si l'empêchement provenait d'une force majeure (2).

Nous avons supposé jusqu'ici que le propriétaire et l'usufruitier jouissaient par eux-mêmes au moment de l'extinction de leur droit : il est clair que, si le fonds avait été loué, on devrait respecter le titre du preneur : la loi fait au *colon partiaire* l'application de cette réserve ; elle déclare sans conséquences à son égard le règlement des rapports qu'elle établit, et les arrangements qui peuvent intervenir entre le propriétaire et l'usufruitier : « sans préjudice, porte la disposition finale de notre ar- » ticle, de la portion des fruits qui pourrait être acquise au colon par- » tiaire, s'il en existait un au commencement ou à la fin de l'usufruit. » — Mais il faut, bien entendu, que ce tiers soit porteur d'un titre valable, et que ce titre ait acquis date certaine antérieure à l'extinction du droit du bailleur (1743).

Ainsi, lorsqu'il existe un colon partiaire à la fin de l'usufruit, le propriétaire ne peut prétendre qu'à la portion non récoltée des fruits naturels que s'était réservée l'usufruitier ; — *vice versâ*, lorsqu'il existe un colon partiaire au moment où l'usufruit est constitué, l'usufruitier doit se soumettre aux conventions arrêtées avec le propriétaire.

—Nous avons dit que l'usufruitier à titre particulier n'a droit aux fruits que du jour de la demande ; supposons qu'il n'ait rien demandé d'abord, que l'héritier ait recueilli les fruits, et qu'il ait ensuite labouré et ensemencé : si l'usufruitier se présente pour exiger la délivrance de son legs, l'obtiendra-t-il sans payer d'indemnité à l'héritier pour les frais de culture? — Si l'usufruitier ne doit aucun remboursement à raison des frais de culture, lorsqu'il s'agit de fruits pendants au moment de la mort du testateur, c'est que les frais sont censés compris dans le legs, ce qui n'a pas lieu dans l'espèce (Proudhon, nº 1151).

586 — Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier à proportion de la durée de son usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme (3), comme aux loyers des maisons et aux autres fruits civils.

= Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, c'est-à-dire, qu'à la fin de chaque jour de possession, le possesseur a le droit acquis d'exiger la trois cent soixante-cinquième partie des fruits de l'année courante : mais il faut que le jour soit arrivé à son terme; aussi, l'usu-

(1) Zach., p. 10; Toullier, t. 2, nº 402; Proudhon, nº 1150; Dur., t. 4, nº 530.
(2) Proudhon, nº 1178; Dur., nº 558; Zach., § 227, t. 2.
(3) *V.* art. 584, note, ce que nous avons dit sur les baux à ferme.

fruitier ne transmet-il jamais à son héritier le revenu du dernier jour; la loi ne compte point par heure, mais par jour.

Sous notre ancienne jurisprudence, on considérait le prix des baux à ferme comme représentatif de la récolte : s'il arrivait que l'usufruitier décédât pendant la récolte, le fermage n'était dû à ses héritiers qu'en proportion de ce qu'il y avait alors de fruits recueillis ; par exemple, pour les deux tiers, si les deux tiers des fruits se trouvaient alors séparés du sol (*Pothier*, *Douaire*, *n°* 203). Cette distinction n'a point passé dans nos lois ; le législateur a tari la source des contestations qu'elle faisait naître : aujourd'hui, le prix des baux à ferme s'acquiert jour par jour, comme celui des baux à loyer.

Ainsi, lorsque l'usufruitier fait valoir par lui-même, s'il vient à mourir, ses héritiers ne peuvent élever aucune prétention sur les fruits non perçus; au contraire, si leur auteur a affermé le fonds, ils peuvent réclamer les fermages à proportion de la durée de l'usufruit, bien que le droit ait pris fin avant la récolte : on divisera par conséquent en 365 jours le prix annuel des fermages.

Exemple : le 1er janvier 1850, une terre labourable a été affermée pour une année, par le propriétaire, moyennant 1,200 fr. : l'usufruit est constitué le 1er octobre suivant, après la moisson faite, et il s'éteint le 1er janvier 1851 : l'usufruitier ou ses héritiers auront droit, néanmoins, à 300 fr., somme égale au quart des fermages.

Vice versâ, l'usufruit s'ouvre le 1er janvier 1850 ; l'usufruitier passe un bail d'un an, le 1er juillet, avant la récolte : son droit s'éteint le 1er janvier 1851; il pourra prétendre à la moitié des fermages; le propriétaire aura l'autre moitié.

Comme on le voit, les droits de l'usufruitier varient suivant que le fonds est ou n'est pas affermé.

La circonstance que le prix du bail est payable par portions, ou même d'avance, n'influe en rien sur le règlement des droits respectifs des intéressés; celui qui a reçu des deniers par anticipation doit seulement en rendre compte ; le prorata des fruits civils qui appartiennent à l'usufruitier jour par jour doit être calculé sur la totalité du fermage de l'année, sans égard à la division des payements à faire, car il n'y a qu'un bail unique et un seul prix (1).

— Si des difficultés s'élèvent sur l'existence d'un bail, comment prouvera-t-on la date de cet acte? faudra-t-il s'attacher à la disposition de l'art. 1328? — Les tribunaux auront principalement égard aux faits de jouissance réelle du fermier; des témoins pourront même être entendus (Dur., n° 545).

587 — Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer (2), comme l'argent, les grains, les

(1) Proudhon, nos 916 et suiv.; — Rouen, 22 janvier 1828, Dev. Pal.

(2) Inexactitude : le quasi-usufruit peut avoir pour objet des choses qui ne se consomment point par le premier usage, si dans l'intention des parties ces choses ne doivent pas être restituées identiquement, si elles sont fongibles. Il faut ajouter à ces mots : *sans les consommer*, ceux-ci : ou *sans en faire l'usage voulu par le constituant*. (Proudhon, Usuf., n° 1005; D., Usuf., p. 797.)

liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir (1), mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur (2), ou (3) leur estimation, à la fin de l'usufruit.

= La loi distingue les choses qui se consomment par l'usage, telles que l'argent, les grains, etc. (587), de celles qui, sans se consommer, se détériorent peu à peu (589).

Les premières ne sont pas susceptibles d'un usufruit proprement dit, puisque l'usage détruira nécessairement leur substance; néanmoins, il est permis de les soumettre à une espèce d'usufruit : la loi romaine donne à ce droit le nom de *quasi-usufruit*.

L'usufruitier devient propriétaire des choses qui sont l'objet du quasi-usufruit; dès lors, si elles périssent, elles périssent pour lui : *res perit domino*. Il peut en disposer librement, mais à charge de rendre, à la fin de l'usufruit, une égale quantité de choses pareilles en même qualité. Si cela est impossible, il doit leur valeur.

Cette valeur, suivant notre article, se considère à l'époque de l'expiration du droit : si l'on devait se référer au temps où il a été constitué, le nu-propriétaire se trouverait à la merci de l'usufruitier; ce dernier aurait de son côté toutes les chances favorables (4).

La loi suppose, évidemment, qu'il n'y a pas eu d'estimation faite dans l'inventaire; si cette estimation avait eu lieu, l'usufruitier serait réputé acheteur de ces mêmes objets; en conséquence, il devrait le prix porté à l'inventaire : débiteur d'une somme d'argent, il ne pourrait se libérer par des restitutions en nature (5). — Le même système se retrouve dans les art. 1582, 1897, 1902 et 1103 combinés (6). (L. 7, t. 9, ff. *de usuf.*).

Ainsi, l'usufruitier n'est pas, comme le décide Toullier, n° 398, débiteur sous une alternative; il doit tantôt des choses en nature, tantôt de l'argent, suivant que les choses ont été livrées avec ou sans estimation (7).

—Lorsque l'usufruit a pour objet un fonds de commerce, l'usufruitier devient-il propriétaire de ce fonds, de telle sorte que ses créanciers puissent le faire saisir et vendre? ⁂ Oui, si le fonds a été considéré par les parties comme chose fongible; *secùs*, s'il a été considéré comme être moral : les créanciers peuvent

(1) Expression impropre : l'usufruitier a non-seulement le droit de se *servir* des choses dont il s'agit, mais encore celui d'en disposer.

(2) Ce mot pourrait être supprimé : en effet, veut-on parler de la valeur intrinsèque? si les choses sont de même qualité, elles ont toutes la même valeur. — Veut-on parler de la valeur vénale? lors de l'extinction, elle ne sera presque jamais ce qu'elle était lors de la constitution. —Dans l'article 587, le mot *valeur* est employé comme synonyme de *bonté*; il fait pléonasme avec le mot *qualité*.

(3) Terme ambigu : l'usufruitier n'est pas débiteur sous une alternative.

(4) Zach., p. 7; Delv. sur l'art. 587; Dur., n° 577; Massé, Dr. comm., n° 459, t. 3. *V. cep.* Proudhon, n° 2654.

(5) Pothier, Don. entre mari et femme, n° 215; Dur., n° 577, t. 4.

(6) Les rédacteurs du Code ont voulu reproduire littéralement la décision de Domat (Lois civiles, livre 1er, tit. 2, sect. 4, n° 7); mais ils ont omis ces mots : *suivant la condition du titre*, expressions qui faisaient allusion aux diverses hypothèses de la loi romaine.

(7) Dur., n° 577; Delv., p. 155, n° 2; Proudhon, n° 1006; Toullier, n° 39, et Zach., p. 6. *Voy.* aussi Massé, Dr. comm., t. 3, n° 459.

seulement, dans ce dernier cas, exploiter le fonds, c'est-à-dire, vendre les marchandises, de manière à maintenir toujours l'achalandage sur le même pied (car le fonds est un assemblage de choses qui disparaissent et se renouvellent sans cesse), à la charge de les remplacer; les créanciers, en un mot, doivent jouir, comme l'usufruitier lui-même, *en bon père de famille.* (Proudhon, nos 1010 et suiv.)

Comment doit se faire la restitution des objets qui se trouvent dans un fonds de commerce? ⁂ L'usufruit porte en ce cas plutôt sur la valeur vénale des objets qui composent le fonds de commerce, que sur ces objets eux-mêmes; dès lors, c'est cette valeur au jour de l'ouverture de l'usufruit que l'usufruitier doit restituer, à moins qu'il ne représente des objets analogues à ceux qui composaient le fonds de commerce lors de son entrée en jouissance. (Rolland, Fonds de comm., no 3; Massé, Dr. comm., t. 3, no 460; Zach., p. 5; — *Cass.*, 10 avril 1814, 9 mess. an II, 30 novembre 1829; *Paris*, 27 mars 1841, Dev., 1841, 2, 259; Pal., 1841, 1, 69; —*Rouen*, 5 juillet 1824, S., 25, 2, 132; *Toulouse*, 18 déc. 1832, Pal.; Dev., 33, 2, 209; D., Usuf., p. 797. — *Voyez* cep. Proudhon, nos 1010 et suiv.)

Quid si le fonds de commerce comprend des créances? ⁂ Ces objets sont compris dans la vente du fonds de commerce : quand l'usufruit cessera, l'usufruitier devra rendre un fonds de commerce d'une valeur égale à celui dont il a eu l'usufruit. (Proudhon, t. 3, nos 1044 et suiv.; Zach., p. 5.)

588 — L'usufruit d'une rente viagère donne aussi à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution.

= Le législateur a tranché, par cet article, la controverse qui s'était élevée autrefois sur la question de savoir en quoi consistait l'usufruit d'une *rente viagère :* les uns, notamment Renusson, voulaient qu'on estimât la rente au commencement de l'usufruit, eu égard à l'âge et à la santé du rentier, et que le nu-propriétaire servît à l'usufruitier l'intérêt du capital. — D'autres obligeaient l'usufruitier, lors de l'extinction de l'usufruit, à rendre tous les arrérages qu'il avait perçus : les arrérages d'une rente viagère, disaient-ils, forment la substance du droit; ce sont des fractions du capital livrées par le débiteur de la rente au rentier : or, l'usufruitier d'une somme d'argent est tenu de restituer cette somme lorsque son droit s'éteint (587); pourquoi l'en dispenserait-on lorsqu'il s'agit d'arrérages d'une rente? Ainsi, dans ce système, l'usufruitier devait capitaliser les arrérages; il jouissait seulement de l'intérêt de ce capital. La rente viagère était ainsi assimilée aux choses dont on ne peut faire usage sans les consommer.—D'autres, enfin, soutenaient que la substance de la rente consistait dans le droit de percevoir les arrérages; que les arrérages étaient des fruits, et que l'usufruitier devait se trouver entièrement libéré en restituant le droit, le bien incorporel dont la jouissance lui avait été momentanément concédée. Le Code a consacré ce dernier système (1).

(1) Quelle différence y a-t-il entre l'usufruit de la rente et la rente elle-même? — L'usufruit est limité à la vie de l'usufruitier; la rente viagère a pour limite la vie d'une autre personne : il ne faut donc pas confondre le legs d'usufruit de la rente avec le legs de la rente.

On doit appliquer les mêmes principes au cas où le droit d'usufruit serait lui-même l'objet d'un autre usufruit.

— L'usufruitier d'une créance ou d'une rente pourrait-il, sans l'intervention du nu-propriétaire, recevoir le remboursement de cette créance ou de cette rente? ✓ La constitution d'usufruit sur des créances opère une espèce de transport de ces créances ; l'usufruitier doit donc avoir le droit d'en exiger le remboursement, même sans l'intervention de l'héritier, lorsqu'elles sont devenues exigibles. (Proudhon, nos 1029 et suiv., 1044 et suiv. *Voyez* toutefois art. 618, quest.)

589 — Si l'usufruit comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir (1) pour l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute.

= L'usufruitier jouit comme le propriétaire ; par conséquent, il ne peut se servir des choses soumises à son droit que suivant leur destination : s'il a joui en bon père de famille, d'une manière conforme à la volonté du constituant, il se libérera, lors de l'extinction de son droit, en restituant les choses dans l'état où elles se trouveront, quand même elles seraient détériorées par l'usage ou par la vétusté ; mais si les détériorations proviennent d'un fait qui lui soit imputable, c'est-à-dire, d'un défaut de soins, et, à plus forte raison, d'un abus de jouissance (ce qui aurait lieu, par exemple, s'il avait donné à loyer (2) des meubles qu'il ne pouvait employer qu'à son usage particulier), alors il devrait indemniser le propriétaire.

L'usufruitier doit représenter les choses qui étaient soumises à son droit, lors même qu'il n'en resterait que des débris; autrement, on présumerait qu'il en a disposé.

Néanmoins, si elles ont péri totalement, soit de vétusté, soit par cas fortuit (1302), soit par suite de l'usage auquel il était autorisé à les employer, il est dégagé de toute responsabilité ; c'est à lui, bien entendu, à prouver le fait allégué comme excuse.

Cette exception ne se trouve pas dans le texte; mais elle ressort des principes généraux, et surtout de la discussion au conseil d'État. En effet, dans le projet, l'article 589 avait un deuxième alinéa ainsi conçu : « Si quelqu'une des choses se trouve entièrement consom- » mée par l'usage, l'usufruitier sera dispensé de la représenter. » On a supprimé cet alinéa comme inutile, sur l'observation de M. Tronchet, « qu'il était difficile que les choses fussent tellement consommées qu'il

(1) Cette expression a un sens autre que celui qui lui est donné dans l'art. 587.

(2) Proudhon, Usuf., nos 797 et 1061.

n'en restât absolument rien (1). » Donc, l'usufruitier sera libéré en prouvant que la chose a péri sans sa faute, et qu'il n'en reste rien (1302).

L'usufruit établi sur des animaux est soumis aux mêmes règles : ainsi, l'usufruitier n'en devient pas propriétaire, encore qu'ils aient été estimés dans l'inventaire ; il acquiert seulement le droit de les employer suivant leur destination.

L'usufruitier profite des fumiers, engrais, etc. — A l'égard des laines, du croît et du laitage, comme ce sont là des fruits naturels, il ne les acquiert qu'au fur et à mesure de la perception (563), faite sans fraude, comme de raison (Proudhon, nº 1087).

Ne concluons pas de ces mots : *l'usufruitier a le droit de s'en servir*, que l'usufruitier n'ait que la faculté d'employer la chose à son service personnel ; ce serait le considérer comme un usager : il représente le propriétaire ; par conséquent, tous les avantages que cette chose peut procurer, suivant sa destination, lui appartiennent, lors même qu'ils excéderaient ses besoins.

590 — Si l'usufruit comprend des bois taillis (2), l'usufruitier est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires, sans indemnité toutefois en faveur de l'usufruitier ou de ses héritiers, pour les coupes ordinaires, soit de taillis, soit de baliveaux, soit de futaie, qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance.

Les arbres qu'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader, ne font aussi partie de l'usufruit qu'à la charge par l'usufruitier de se conformer aux usages des lieux pour le remplacement.

= Les bois sont considérés tantôt comme *fruits*, tantôt comme *produits* faisant partie de la propriété : comme *fruits*, quand il s'agit de bois taillis, de futaies mises en coupes réglées (591), ou d'une pépinière dont on peut tirer des arbres sans la dégrader.

Dans cet article et les suivants, la loi considère les bois comme *fruits*. Sous ce point de vue, les principes qu'elle établit reposent sur le respect dû à l'usage des propriétaires et à l'intention présumée des parties : il ne suffit pas, en effet, que l'usufruitier jouisse en bon père de famille ;

(1) Fenet, t. 3, p. 169 et 178; Locré, Législ., t. 8, p. 238, nº 13.

(2) Les *bois taillis* sont ceux que l'on abat périodiquement à des époques plus ou moins rapprochées; le produit de ces coupes est destiné à être brûlé ou à faire du charbon. — Dans ces coupes on réserve les plus belles tiges soit pour servir au semis, soit pour obtenir de beaux arbres. Ces tiges réservées se nomment *baliveaux*. — Dans une deuxième coupe, on réserve quelques baliveaux; ces baliveaux réservés sont appelés *modernes*. — Dans une troisième coupe on laisse encore subsister quelques modernes qui prennent alors le nom de *futaies* ou d'*anciens*. — Les futaies réservées dans une quatrième coupe se nomment *hautes futaies* ou *vieilles écorces*.

il doit, en outre, suivre dans sa jouissance la destination du père de famille ; il est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement, lors même qu'il n'aurait encore été réalisé que pour une partie de la forêt (1).

On nomme *aménagement*, le règlement qui distribue un bois ou une forêt en plusieurs cantons.

L'aménagement règle l'ordre des coupes, c'est-à-dire, la quantité d'arbres qui doivent être abattus, leur âge, le nombre de baliveaux à réserver, etc.

Du principe que l'usufruitier jouit comme le propriétaire, en d'autres termes, comme le propriétaire jouissait à l'époque où l'usufruit a été constitué, il résulte que si le dernier propriétaire avait changé l'aménagement ou l'usage de ses prédécesseurs, l'usufruitier devrait observer ce nouveau mode de jouissance.

Toutefois, si le dernier propriétaire n'était qu'un dissipateur; par exemple, s'il avait dégradé sa propriété par des coupes intempestives, l'usufruitier ne devrait certainement pas prendre cette dilapidation pour modèle : l'usage des propriétaires antérieurs serait alors la règle à suivre.

A défaut d'aménagement, il doit se conformer à l'usage constant des propriétaires qui ont sur les lieux des fonds de même nature : par exemple, si l'usage était de couper un bois en totalité tous les dix ou quinze ans, cet usage tiendrait lieu d'aménagement.

A défaut d'usage constant des propriétaires, il se conformerait aux règlements forestiers.

L'usufruitier ne peut faire de coupes par anticipation : s'il arrivait qu'il eût fait une coupe anticipée, et que l'usufruit eût pris fin avant l'époque fixée par l'aménagement, les arbres, assurément, lui appartiendraient (2); mais il devrait une indemnité au propriétaire, et cette indemnité serait de la valeur des arbres lors de la coupe : — le propriétaire n'éprouve aucun dommage pour les années qui ont couru depuis cette coupe, puisqu'il profite des nouvelles feuilles; or l'indemnité se règle sur le préjudice souffert (3).

Comme les fruits naturels ne s'acquièrent en principe que par la perception, il est clair que l'usufruitier n'a droit à aucune indemnité pour les coupes ordinaires, soit de taillis, soit de baliveaux, soit de futaie, qu'il a négligé de faire pendant sa jouissance (585).—Toutefois, cette règle souffre exception : 1° lorsqu'il s'est trouvé, par le fait du propriétaire, dans l'impossibilité de faire les coupes; par exemple, si des contestations se sont élevées entre lui et ce dernier, ou bien encore, si les héritiers ont attaqué la disposition testamentaire relative au legs d'usufruit (4); 2° en matière de communauté (*voy.* articles 1403 et 1492).

(1) Paris, 22 juillet 1812, Dev. Pal.

(2) Toullier, n° 402, t. 2; Dur., n° 554; Zach., p. 14, t. 2; Favard, Usuf., § 2, n° 2; — Cass., 3 juin 1847, Pal., 1848, 1, 555.

(3) Delv., p. 153, n° 8; Proudhon, n° 1171; Dur., n° 547, note.

(4) Zach., § 227; Dur., n°s 557 et suiv.

Les cas fortuits et la force majeure ne donnent lieu à aucune indemnité : l'usufruitier en supporte les conséquences ; le propriétaire n'a rien à se reprocher (1).

Quant aux arbres que l'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader, ils font partie de l'usufruit, mais à charge par l'usufruitier de se conformer à l'usage des lieux pour le remplacement.

La loi garde également le silence sur les plants d'arbrisseaux, osiers, saules ou roseaux qui se trouvent sur la propriété ; mais il va de soi que l'usufruitier doit observer, pour ces produits, le mode de jouissance adopté par le propriétaire (Salviat, art. 78, n° 6).

L'usufruitier de pièces de vigne doit les cultiver convenablement ; il doit arracher les tiges mortes et les remplacer par de nouveaux plants.

Les règles auxquelles l'usufruitier doit se conformer pour l'exploitation des taillis et des futaies sont consignées dans les lois forestières.

A l'égard des arbres épars, plantés pour l'ornement d'un fonds, ou qui produisent des fruits, on les considère comme des réserves (2) ; l'usufruitier ne peut y toucher, puisqu'ils ne sont pas destinés à être abattus (3).

L'indemnité à payer au propriétaire, pour les dégradations, n'est exigible, comme de raison, qu'à la fin de l'usufruit.

— Si l'ordre des coupes n'a pas été suivi, peut-on compenser celles qui n'ont pas été faites avec celles qui l'ont été mal à propos ? ∽ En imposant à l'usufruitier l'obligation d'observer l'ordre et la quotité des coupes, dit Duranton, n° 548, la loi veut seulement prévenir les abus de jouissance ; or, ce but est rempli dès que l'usufruitier, attaqué pour avoir fait des coupes par anticipation, peut opposer à cette réclamation la coupe qu'il a manqué de faire. ∽ Quoi qu'il en soit, la loi est formelle ; l'usufruitier ne peut prétendre à aucune indemnité pour les coupes qu'il n'a pas faites (D., Usufruit, p. 800.)

591 — L'usufruitier profite encore, toujours en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine.

= L'usufruitier jouit des futaies *mises en coupes réglées*, car elles prennent alors le caractère de fruits (590, 592) ; mais, à défaut d'aména-

(1) Zach., *ibid.*; Dur., *ibid.* — Suivant Delv. sur l'article 590; Proudhon, n° 1178, et Dal., Usuf., p. 800, l'usufruitier n'est pas privé de la coupe, lorsqu'il a été empêché de la faire par suite d'une force majeure qui lui est étrangère ; *putà*, par une inondation ou par une disposition réglementaire momentanée. Cette opinion nous paraît contraire aux principes.

(2) Paris, 12 décembre 1811; Rennes, 22 décembre 1815, Dev. Pal.

(3) Dijon, 22 décembre 1842, Pal., 1843, 1, 402.

gement, il ne pourrait, comme pour les bois taillis, en créer un lui-même (*voy.* art. 590).

Remarquez ces mots : l'usage des *anciens* propriétaires. Pourquoi la loi ne parle-t-elle plus, comme dans l'article précédent, de l'*usage constant des propriétaires?* parce qu'il est possible que les coupes n'aient été faites que de loin en loin, et que, pour savoir s'il y a eu des coupes réglées, il faille remonter à la série des anciens possesseurs.—Du reste, ils expriment la même idée : si l'usufruitier profite des bois taillis et des futaies, c'est toujours en se conformant au mode de jouissance établi par ses prédécesseurs : un usage n'est constant qu'autant qu'il est ancien. Il n'y a donc point de conséquence à tirer de cette diversité d'expression.

— Que faut-il décider à l'égard des baliveaux? doit-on les assimiler aux futaies? ∽ Pour la négative, on dit que les baliveaux ne peuvent avoir, comme les taillis et les futaies, le caractère de fruits ordinaires; que d'ailleurs il n'en est point question dans les articles qui règlent le mode de jouissance des bois et des forêts. ∽ Quoi qu'il en soit, il ne faut pas oublier que l'usufruitier représente le propriétaire; par conséquent, il doit jouir des baliveaux, si ce dernier était dans l'usage de les abattre périodiquement ou pour certain emploi (1).

592 — Dans tous les autres cas, l'usufruitier ne peut toucher aux arbres de haute futaie : il peut seulement employer, pour faire les réparations dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par accident ; il peut même, pour cet objet, en faire abattre s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire.

= A défaut d'aménagement, les arbres de haute futaie appartiennent exclusivement au propriétaire; ils font partie du fonds; on les considère plutôt comme des capitaux mis en réserve, que comme des fruits. L'usufruitier ne peut donc y toucher, en invoquant l'usage des lieux (2); son droit se borne à la perception des fruits que ces arbres produisent, au parcours, à la glandée, au droit de chasse; la faculté d'ébrancher lui est même refusée : l'usufruitier, porte l'article 592, *ne peut toucher* aux arbres de haute futaie non aménagés.

Néanmoins, il est permis à l'usufruitier d'employer, pour faire les réparations dont il est tenu (c'est-à-dire, pour entretenir les bâtiments dépendants de la forêt soumise à l'usufruit), les arbres arrachés par accident (*les chablis*); mais il ne pourrait donner à ces arbres une autre destination; il n'aurait pas même la faculté de se servir, pour son chauffage, des branchages qui resteraient après l'emploi du corps de l'arbre. — La loi ne distingue pas entre les arbres morts et les arbres vifs.

L'usufruitier peut même faire abattre des arbres pour les réparations usufructuaires; mais alors à charge d'en faire constater la *nécessité* avec le propriétaire.

(1) Proudhon, nos 1186 et suiv.; — Douai, 21 août 1839, Pal., 1839, 2, 639.
(2) Lyon, 3 mars 1845, D. P., 1845, 2, 140.

Suivant Proudhon, nº 1195, cette constatation serait indispensable même pour l'emploi des arbres arrachés ou brisés par accident, attendu que ces arbres appartiennent au propriétaire. Quoi qu'il en soit, elle n'est prescrite que lorsqu'il s'agit d'abattre des arbres, circonstance beaucoup plus grave. En pareille matière, il faut se renfermer dans la lettre de la loi ; car la mesure est exorbitante.

Si la futaie était mise en coupes réglées, l'usufruitier profiterait des arbres arrachés ou brisés, sauf à lui, en cas d'extinction de l'usufruit avant l'époque fixée pour la coupe dont ces arbres eussent fait partie, à restituer leur valeur (arg. de l'art. 591), à moins qu'il ne les ait employés à faire des réparations usufructuaires.

— Le propriétaire a-t-il le droit de couper les arbres de haute futaie pendant la durée de l'usufruit? ✓✓ En principe, il ne l'a pas; néanmoins, si les arbres étaient menacés de périr, le propriétaire pourrait les abattre malgré l'opposition de l'usufruitier (Dur., p. 527, note; Delv., p. 154, nº 5; Toullier, nº 441; Merlin, Usufruit, § 3, nº 3; — Poitiers, 2 avril 1818, S., 18, 2, 200).

L'usufruitier qui a fait abattre indûment les arbres de haute futaie est incontestablement tenu d'indemniser le propriétaire : mais à quelle époque cette indemnité peut-elle être exigée? ✓✓ Suivant quelques auteurs, le propriétaire peut exiger immédiatement le prix de la coupe ; mais l'indemnité n'est due qu'à la fin de l'usufruit (1). ✓✓ Il nous paraît conforme aux principes de décider que le prix et l'indemnité ne sont exigibles qu'à la fin de l'usufruit : l'usufruitier, ayant le droit de jouir jusque-là des futaies, doit avoir la jouissance du montant de l'indemnité qui en est la représentation (2).

595 — L'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à ferme à un autre, ou même vendre ou céder (3) son droit à titre gratuit. S'il donne à ferme, il doit se conformer, pour les époques où les baux doivent être renouvelés, et pour leur durée, aux règles établies pour le mari à l'égard des biens de la femme,

(1) Delv., p. 154, nº 4; Salviat, art. 70; Dur., p 429, note.

(2) Proudhon; Delv., p. 512; — Paris, 12 décembre 1811; S., 13, 2, 318; Orléans, 11 mai 1822; D., Usufruit, p. 801; Dev. Pal.

(3) Ces expressions *vendre* ou *céder son droit* sont critiquées : l'usufruit, dit-on, est un droit exclusivement personnel; il ne peut être transmis : l'usufruitier peut seulement céder *l'exercice* de ce droit, mais non son droit en lui-même ; nonobstant la cession, le droit continue de reposer sur la tête de l'usufruitier. Cette observation est importante; car l'époque de l'extinction de l'usufruit est déterminée par la mort de l'usufruitier et non par celle du cessionnaire. L'usufruitier est même responsable des faits de celui qu'il s'est substitué, et demeure garant, envers le propriétaire, de l'exécution des obligations résultant de l'acte constitutif de l'usufruit. Telles étaient au surplus les règles de la loi romaine. — Quoi qu'il en soit, loin d'interdire la cession du droit, les termes du Code l'autorisent formellement : c'est là une innovation qu'il faut reconnaître nécessairement, car on ne saurait supposer un non-sens dans la loi. Par suite, nous déciderons que le cessionnaire de l'usufruit cédé peut, comme aurait pu le faire le titulaire lui-même, hypothéquer ou soumettre à toute autre charge l'usufruit cedé ; qu'il peut même créer sur cet usufruit un autre usufruit ou un droit d'usage ; seulement, tous les droits qu'il aura conférés s'évanouiront par la résolution de celui du cédant ; car c'est toujours le même usufruit qui est passé d'une tête sur une autre. Il est superflu de faire remarquer que l'usufruitier ne peut créer un droit d'usufruit sur la chose elle-même ; ce droit n'appartient qu'au propriétaire.

au titre *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux.*

= Tous les fruits appartiennent à l'usufruitier ; qu'il jouisse par lui-même ou par d'autres, peu importe dès lors au propriétaire.

L'usufruitier peut vendre, céder et même hypothéquer son droit (2118); mais les effets de la cession ou de la constitution d'hypothèque sont restreints à la durée de l'usufruit (1).

Il peut louer les choses destinées à cet usage (2) ; toutefois, lorsqu'il donne à ferme (ajoutons ou à loyer, car il y a même raison), notre article l'assujettit, pour les époques où les baux doivent être renouvelés et pour leur durée, aux règles tracées pour les maris à l'égard des biens de leurs femmes (1429-1430): ses droits sont résolubles ; l'autoriser à passer des baux à long terme, ce serait porter atteinte aux droits du propriétaire.

Si donc l'usufruitier a fait des baux pour plus de neuf ans, ces baux assurément sont obligatoires pour lui ; mais, à la fin de l'usufruit, ils n'auront d'effet vis-à-vis du propriétaire que pour le temps qui restera à courir, soit de la première période de neuf ans si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde si la première est écoulée, et ainsi de suite, de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la période de neuf ans où il se trouvera (1429).

Par ce même motif, on lui interdit le droit de passer ou de renouveler des baux plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de fonds ruraux, et plus de deux ans avant la même époque, s'il s'agit de maisons (3). Néanmoins, ces baux seraient obligatoires, si leur exécution avait commencé avant l'extinction de l'usufruit (1430).

Quant à l'usufruit restreint, appelé *droit d'usage* ou *droit d'habitation*, nous verrons qu'il ne peut être ni loué ni cédé (634).

La violation de ces règles donne lieu à une nullité relative en faveur du propriétaire. Le preneur ne pourrait s'en prévaloir (comp. 1429, 1430, 1718).

Il est bien entendu que le propriétaire ne serait pas tenu de respecter le bail, s'il contenait des dispositions frauduleuses, ou même si la chose avait été louée beaucoup au-dessous de sa valeur.

Si l'usufruitier a reçu un pot-de-vin, ses héritiers doivent en restituer une partie au propriétaire, eu égard au temps qui reste à courir sur le bail.

L'usufruitier qui donne à ferme le fonds sur lequel repose son droit,

(1) Malleville sur l'article 595; Proudhon, t. 2, nº 889; Zach., p. 15.

(2) En droit romain, ff. locati, § 1er, l. 9, et sous notre ancienne législation, le bail à ferme ou à loyer n'obligeait que les parties contractantes ou leurs héritiers : le propriétaire lorsque l'usufruit cessait, ou l'usufruitier lorsque son droit commençait, pouvait expulser le preneur qui se trouvait en possession du fonds; on appliquait aux baux la maxime *resoluto jure dantis, solvitur jus accipientis.* Aujourd'hui le bail consenti par celui qui jouit du fonds est obligatoire pour ses successeurs soit à titre particulier soit à titre universel (1743).

(3) Bruxelles, 29 juillet 1812; Metz, 29 juillet 1818; D., Usufruit, p. 796.

en convertit le produit en fruits civils, ce qui donne lieu à l'application des règles de l'article 586 comme s'il s'agissait d'un bail à loyer. (*Voyez* art. 584.)

Nous avons constamment supposé le cas où le bail serait consenti par l'usufruitier, seule hypothèse que règle notre article, quand il renvoie, pour sa durée et pour les époques auxquelles on peut utilement le renouveler, aux dispositions établies à l'égard des biens de la femme ; mais nul doute que le bail existant à l'ouverture de l'usufruit serait également obligatoire pour l'usufruitier. Peu importerait même que les conditions prescrites par les articles 1429 et 1430 n'eussent pas été observées : ces articles règlent les pouvoirs des administrateurs de la chose d'autrui ; dans notre espèce, il s'agit d'un acte consenti par le propriétaire lui-même, jouissant librement de ses droits. Le propriétaire pouvait disposer de sa chose, par conséquent il a pu, *à fortiori*, aliéner par anticipation, pour un temps prolongé, plusieurs années avant l'expiration du bail existant au moment de la constitution du droit, les fruits qu'elle était susceptible de produire : ces conventions seraient sans aucun doute obligatoires pour lui, puisqu'elles n'auraient rien de contraire aux lois ni aux mœurs ; dès lors elles obligeraient l'usufruitier, puisqu'il jouit comme le propriétaire, puisqu'il continue en quelque sorte la personne de ce dernier (1).

Notre article parle seulement des immeubles; mais n'oublions pas que l'usufruit peut être également constitué sur des meubles ; nonobstant le silence de la loi, il nous semble évident que l'usufruitier aurait la faculté de les donner à loyer s'ils étaient destinés à cet usage, et qu'il peut vendre ou céder son droit.

Quelle sera la durée de la location? Elle ne dépassera pas la durée de l'usufruit, quand même elle aurait été stipulée pour plusieurs années restant à courir : en ce cas, on appliquera rigoureusement la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis;* car la loi n'a fait exception à cette règle que pour les fermages (et pour les loyers des maisons). — Toutefois, les effets du contrat ne cesseront pas le jour même de l'extinction de l'usufruit; ils se prolongeront jusqu'à la fin de l'année courante, si la location est faite à l'année ; décider autrement, ce serait consacrer une inconséquence, ce serait accorder et interdire en même temps à l'usufruitier la faculté de louer (2).

Appliquant ces principes au cas où l'usufruitier aurait converti en fruits civils les fruits naturels que l'on peut retirer de certains meubles, ce qui a lieu, par exemple, quand il s'agit d'un troupeau ou de quelques animaux, nous admettrons les décisions suivantes :

Si la location est faite sous la condition du partage des fruits, le propriétaire peut réclamer, à la fin de l'usufruit, la portion de fruits non encore recueillie qui revenait à l'usufruitier. — Si le preneur doit de

(1) Delv., p. 155, nº 7; Proudhon, nos 1223 et suiv., 1664 et suiv.; Ducaurroy sur l'art. 595; Zach., p. 10; Dur., nº 594; — Douai, 2 décembre 1834, Dev.. 1835, 2, 29, Pal.

(2) Marcadé sur l'article 595. *Voy.* cep. Proudhon, nº 1217.

l'argent, le propriétaire pourra exiger une partie de la somme correspondante au nombre de jours restant à courir pour compléter l'année.

Les règles que nous venons d'exposer sur la location des meubles s'appliquent au cas où l'usufruitier aurait vendu ou cédé son droit.

— Doit-on assimiler à une location la vente faite par l'usufruitier d'une coupe de bois ou de récoltes sur pied, et appliquer, en conséquence, au prix de cette vente, la règle de l'article 586? ⁂ Non, assurément; ce ne sont plus là des fruits civils; le prix appartiendrait en entier soit à l'usufruitier, soit au propriétaire, suivant que la récolte serait faite ou à faire lors de la cessation de l'usufruit.—Si la récolte était seulement commencée, le prix se partagerait entre l'usufruitier et le nu-propriétaire eu égard à la quotité de fruits récoltés et de ceux qui resteraient à recueillir (1).—Selon nous, la vente de la coupe ou de la récolte sur pied ne serait pas même obligatoire pour le nu-propriétaire. (*Voyez* nos observations sur l'art. 585.)

Il résulte des termes de l'art. 1430 que la nullité des baux renouvelés avant l'époque déterminée, et dont l'exécution n'a pas encore commencé, ne peut être invoquée par le preneur; mais, en matière d'usufruit, le propriétaire pourrait-il, comme la femme et les héritiers, exiger que le bail fût exécuté pour toute sa durée? ⁂ La loi ne dit pas que toutes les règles établies pour les baux passés par le mari seront observées, mais seulement qu'on observera ces règles quant *aux époques* et quant *à la durée des baux*.—Ce serait d'ailleurs admettre une véritable stipulation en faveur d'un tiers (1119, 1121); car l'usufruitier n'est pas, comme le tuteur et le mari, mandataire légal (Dur., nº 587).

598 — Il jouit aussi, de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit; et néanmoins, s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du chef de l'État.

Il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée, ni au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit.

= Nous avons vu (art. 583) que l'on donne spécialement le nom de *fruits* aux produits périodiques d'une chose, suivant sa destination; dès lors, les produits des mines et carrières ne peuvent être considérés comme *fruits* proprement dits, puisque la terre ne les remplace pas: cependant, par analogie, la loi donne cette qualification aux produits extraits des mines ou carrières qui étaient en exploitation lors de l'ouverture de l'usufruit; par suite, elle attribue ces produits à l'usufruitier, puisqu'il jouit comme le propriétaire jouissait à cette époque. — Mais il ne peut prétendre aux produits des mines ou carrières qui

(1) Zach., p. 14; — Cass., 21 juillet 1818, Dev. Pal.

n'étaient pas encore ouvertes, puisque le propriétaire n'en jouissait pas.

Quant au trésor trouvé sur le fonds, il est évident que l'usufruitier ne peut en réclamer la jouissance, car la terre n'en était que dépositaire; ce n'est point là un fruit. (*Voy.* l'art. 716.)

Comment expliquer ces mots qui terminent le premier alinéa : *et néanmoins, s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du gouvernement ?*

L'article 598 était en parfaite harmonie avec la loi du 28 juillet 1791, laquelle déclarait que les mines et carrières ne pourraient être exploitées qu'en vertu de l'autorisation du gouvernement, sous sa surveillance; et avec un arrêté du directoire, en date du 3 nivôse an VI, interprétatif de cette loi, qui déclarait intransmissibles les concessions et permissions d'exploiter : ces concessions étaient alors personnelles; pour qu'elles fussent valablement transmises, il fallait une autorisation administrative. — Les passages précités de notre article font allusion à ces dispositions.

Mais la loi du 21 avril 1810 a modifié cet état de choses : tout en proclamant de nouveau, par son article 5, le principe que les mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un acte de concession délibéré en conseil d'État, elle déclare que ces biens seront réputés immeubles (art. 8), et que l'acte de concession donnera « la propriété perpétuelle de la mine, » laquelle sera dès lors disponible et transmissible comme tous autres » biens, et qu'on ne pourra en être exproprié que dans les cas et selon » les formes prescrites pour les autres propriétés, conformément au » Code civil et au Code de procédure civile; sauf cette restriction, que la » mine ne pourra être vendue par lots ou partagée sans une autorisa- » tion préalable du gouvernement, donnée dans les mêmes formes » que la concession (art. 6). »—Ainsi, l'intervention du gouvernement n'est plus nécessaire aujourd'hui que dans ce dernier cas.

Appliquez de tous points ces règles à l'usufruit des minières. (*Voy.* nos observations sur l'art. 552.)

L'exploitation des mines et minières est assujettie à des règles spéciales (*V.* art. 56 de la loi de 1810).

— L'usufruitier aurait-il le droit d'ouvrir une tourbière, à l'effet d'extraire de la tourbe pour son chauffage? ⁂ Il n'est ni usager, ni usufruitier de la tourbière non ouverte (Proudhon, no 1203).

Pourrait-il, en vertu d'une autorisation du gouvernement, ouvrir une carrière pour en extraire les matériaux nécessaires aux réparations dont il est tenu? ⁂ L'usufruitier n'a pas plus de droit aux futaies non mises en coupes réglées qu'aux carrières non encore ouvertes, et cependant on lui permet de couper des arbres de haute futaie pour les réparations dont il est tenu : dans l'espèce, il y a complète analogie.—Toutefois, l'usufruitier devrait alors une indemnité au propriétaire (Proudhon, no 1204, t. 3; Zach., 113).

Aurait-il droit à l'usufruit de l'indemnité qui, aux termes des art. 6 et 42 de la loi de 1810, doit être payée par le concessionnaire au propriétaire de la surface,

bien entendu, si la mine avait été découverte depuis la constitution de l'usufruit? ∽ L'exploitation de la mine cause un préjudice réel à l'usufruitier; dès lors, il peut exiger une indemnité. — Cette indemnité ne peut consister que dans la jouissance du capital payé : il contribuerait aux charges (609); il est juste de lui accorder une réparation, quand un acte de l'autorité lui cause un dommage. — Vainement objectera-t-on que l'article 598 lui refuse tout droit aux mines et carrières non encore ouvertes : cet article suppose le cas où l'usufruitier prétendrait agir *proprio motu;* mais, dans l'espèce, il est victime d'un fait qu'il ne peut empêcher. (Dur., nos 571 et suiv.; Delv., p. 154, no 11; Proudhon, no 1206).

Quid si la mine est concédée au propriétaire? ∽ On évalue l'indemnité comme si la concession était faite à un étranger, et l'usufruitier jouit de cette indemnité (Delv., *ibid.*).

Droits accessoires de l'usufruitier.

593 — Il (l'usufruitier) peut prendre, dans les bois, des échalas pour les vignes; il peut aussi prendre, sur les arbres, des produits annuels ou périodiques; le tout suivant l'usage du pays ou la coutume des propriétaires.

= Cet article contient deux dispositions :

La première se réfère à l'article 592, lequel est relatif aux bois qui ne sont pas mis en coupe réglée.

Il eût été trop rigoureux d'obliger l'usufruitier à se procurer au loin, à grands frais, des échalas, quand il en a sous la main.

Mais observons qu'il ne peut s'en servir que pour les vignes dont il a l'usufruit; par conséquent, le droit de les vendre lui est refusé.

La deuxième est relative aux produits annuels ou périodiques.

La loi désigne ainsi les brins de bouleau, les têtes de saule, l'émondage des haies, des peupliers, etc., les glands, olives, noix, pommes et autres fruits qui se trouvent sur le fonds soumis à sa jouissance.

Dans l'un et l'autre cas, l'usage du pays ou la coutume des propriétaires sont les règles qu'il faut suivre.

594 — Les arbres fruitiers qui meurent, ceux même qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres.

= La jouissance des arbres fruitiers consiste uniquement dans la perception des fruits qu'ils produisent.

Néanmoins, la loi attribue à l'usufruitier ceux qui meurent ou qui sont arrachés ou brisés par accident, à charge toutefois de les remplacer.

Il existe donc, sous ce rapport, une différence entre les arbres fruitiers et les arbres de haute futaie non mis en coupe réglée, puisque

l'usufruitier n'acquiert de droits sur ces derniers arbres qu'en certains cas (*V.* art. 592).

Pourquoi cette différence ?

1° On a cru devoir indemniser l'usufruitier du grave dommage que lui cause la perte des arbres fruitiers.

Cette indemnité lui est accordée en considération du peu de valeur comparative que représentent ces arbres, et pour compenser les dépenses que nécessitera leur remplacement.

2° Le législateur a craint qu'en accordant à l'usufruitier des droits sur les arbres de haute futaie qui meurent, il ne fût porté à les détruire : ce danger n'existe pas à l'égard des arbres fruitiers, car, en les détruisant, l'usufruitier se nuirait à lui-même.

La loi ne distingue pas entre les diverses espèces d'arbres fruitiers : les noyers et autres arbres qui portent des fruits appartiendraient donc à l'usufruitier, quelle que fût leur grandeur.

Il n'est question dans cet article que des arbres fruitiers plantés et cultivés pour procurer des fruits : les droits de l'usufruitier sur ceux qui naissent spontanément dans les forêts sont soumis aux règles générales développées dans les articles 590-592 (1).

596 — L'usufruitier jouit de l'augmentation survenue par alluvion à l'objet dont il a l'usufruit.

= Puisque l'usufruitier jouit comme le propriétaire, il doit jouir (conformément à la maxime *accessorium sequitur principale*) de tous les accessoires qui étaient attachés aux objets dont il a l'usufruit lorsque son droit s'est ouvert, et qui en sont une dépendance nécessaire : par exemple, l'usufruitier d'un vignoble a la jouissance des pressoirs, cuves et tonnes ; l'usufruitier d'une ferme peut se servir des animaux attachés à la culture des terres par le propriétaire, etc.

L'usufruitier peut-il prétendre à la jouissance des accroissements que la chose a reçus pendant la durée de l'usufruit? Point de difficultés pour l'alluvion ; notre article est formel : le législateur a considéré qu'il serait difficile et pour ainsi dire impossible de connaître le moment où s'est opérée l'augmentation produite par cette cause.

Mais doit-on considérer sa décision comme une conséquence de la règle *accessorium sequitur principale* ? en d'autres termes, les choses acquises pour la propriété au maître de l'objet sont-elles par cela même acquises pour la jouissance à l'usufruitier?—Cette question divise les auteurs ; la plupart se prononcent pour la négative : la loi, disent-ils, ne pose pas un principe ; en se bornant à parler de l'alluvion, elle crée une exception et manifeste par cela même la volonté de ne pas étendre aux autres cas d'accroissement la jouissance de l'usufruitier : *Exceptio firmat regulam.* D'ailleurs, l'article 596 a été puisé dans les textes romains ; or, ces textes refusent à l'usufruitier le droit dont il

(1) Proudhon, t. 3, nos 1175 et 1199; Zach., p. 13; Dur., n° 566.

s'agit. La loi 9, § 4, ff., de usuf., est ainsi conçue : *Ubi latitat incrementum et ususfructus augetur ; ubi autem apparet separatum fructuarii non accidit.* Certes, si le législateur eût entendu modifier une règle ainsi formulée, il n'aurait pas manqué de s'en expliquer. On pourrait ajouter que, lors de la constitution d'usufruit, les parties n'ont envisagé que le fonds primitif tel qu'il était (1).

Quoi qu'il en soit, nous ne pouvons admettre que les auteurs du Code, qui, par-dessus tout, cherchaient à simplifier nos lois, aient entendu consacrer ici les subtilités des textes romains. L'usufruitier jouit comme le propriétaire ; il prend possession du fonds *cum omni causâ ;* dès lors, il doit profiter de tous les avantages que ce fonds est susceptible de procurer. La règle *accessorium sequitur principale* exerce son empire en matière d'usufruit comme en matière de propriété (2), sans qu'il y ait lieu de distinguer si la chose est mobilière ou immobilière.

Conformément à ces principes, il a été jugé que l'usufruit d'un immeuble s'étend à tout ce que le propriétaire incorpore à l'immeuble pendant la durée de l'usufruit (3).

Passons à quelques questions :

— Nous avons vu, art. 559, que si un fleuve ou une rivière enlève par une force subite une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain, et la porte vers un champ inférieur, le propriétaire peut réclamer la partie enlevée : l'usufruitier serait-il admis à exercer lui-même cette action en revendication ? ∿ L'objet répété est sa chose quant à l'utilité du domaine (Proudhon, no 526; Dom. public, t. 4, p. 1294). — D'ailleurs, par la nature de son droit d'usufruit, il a, comme le nu-propriétaire, le droit de faire, dans l'intérêt de ce dernier comme dans le sien propre, tous actes conservatoires de la propriété (Cass., 5 mars 1850, Dal., 1850, 1, 78).

Si c'était le fonds inférieur qui fût grevé d'usufruit, l'usufruitier jouirait-il de la portion du terrain apportée par le torrent et non répétée par le propriétaire primitif ? ∿ La loi, dit Proudhon, 527 et 529-1294, n'accorde à l'usufruitier que le droit de jouir de l'augmentation qui a lieu par alluvion, c'est-à-dire, de l'accroissement qui se forme insensiblement par le dépôt des vases : or, il n'y a pas d'alluvion, puisque l'adjonction est survenue tout à coup. ∿ Quoi qu'il en soit, on doit, selon nous, en attribuer la jouissance à l'usufruitier, puisque c'est un accessoire de la propriété (4).

L'usufruitier jouirait-il des îles ou îlots formés dans le lit d'une rivière non naviguable et non flottable ? ∿ Les auteurs qui rejettent le principe *accessorium sequitur principale*, se prononcent, comme de raison, pour la négative. — La force des choses voulait, disent-ils, que l'on accordât à l'usufruitier la jouissance de l'alluvion, car on ne peut déterminer l'époque à laquelle l'accroissement s'est opéré ; mais l'île forme un terrain distinct du fonds; l'usufruitier n'a pu concevoir, au moment où son droit a été constitué, l'espérance d'en jouir, puisque la formation d'une île est un fait accidentel; les parties n'ont évidemment considéré que le fonds primitif tel qu'il était à cette époque. — D'ailleurs, le Code a manifesté, par

(1) Delv., p. 155, no 1; Proudhon, no 524; Zach., p. 14.
(2) Dur., no 580; Ducaurroy, art. 597; — Grenoble, 3 janvier 1811, Dev. Pal.
(3) Paris, 29 mai 1841, Pal., 1841, 2, 526.
(4) Dur., no 580, t. 4.

son silence, l'intention de maintenir les règles de la législation romaine, règles qu'on appliquait lorsqu'il a été promulgué; or, elles refusaient ce droit à l'usufruitier (ff., de usuf., l. 9, § 4) (1). On répond avec raison, selon nous, que le droit du propriétaire riverain s'étend jusqu'au milieu du lit de la rivière, et que les îles ou îlots ne sont, en définitive, qu'une portion de ce lit. — Rien ne prouve que les auteurs du Code aient entendu suivre servilement les subtilités de la loi romaine; ce sont là de simples inductions qu'il faut rejeter, puisqu'elles sont en contradiction avec les règles du Code sur l'usufruit.—De quelle utilité, d'ailleurs, pourraient être pour le nu-propriétaire du fonds riverain des îlots ordinairement sans importance? — Au surplus, nous le répétons, le droit de l'usufruitier s'étend sur la propriété tout entière; par conséquent, il embrasse la moitié du lit de la rivière et les îles qui se trouvent comprises dans cette partie, *causâ prædii;* évidemment sous le nom d'*alluvion* l'article 595 embrasse toute espèce d'atterrissements (2).

Que faudrait-il décider si la rivière avait changé de lit? L'usufruitier jouirait-il de l'ancien lit abandonné (563)? L'affirmative nous paraît certaine : l'usufruitier est mis aux lieu et place du propriétaire quant à l'utilité du domaine; il doit donc jouir des mêmes droits. L'équité le veut ainsi, car l'envahissement lui cause, dans sa jouissance, les mêmes pertes qu'au propriétaire ; c'est à la pleine propriété que ce dédommagement est accordé : que tous les droits qui la constituent soient réunis sur la même tête, ou qu'ils soient divisés entre deux personnes, dont l'une aurait la nue propriété et l'autre la jouissance, cela importe peu ; il est clair que l'on doit accorder distributivement ce bénéfice à l'une et à l'autre (3).

597 — Il jouit des droits de servitude, de passage, et généralement de tous les droits dont le propriétaire peut jouir, et il en jouit comme le propriétaire lui-même.

= L'usufruitier jouit comme le propriétaire ; par conséquent, il doit profiter du droit de pêche, du droit de chasse, etc.

Relativement aux servitudes, nous ferons observer que ce n'est pas seulement pour lui un droit d'en user, mais encore un devoir, afin d'empêcher la prescription de s'accomplir, ce qui le rendrait responsable ; car il est tenu de veiller à la conservation de la chose et de ses accessoires.—Il devrait également une indemnité, par la même raison, s'il laissait acquérir sur l'immeuble un droit par usucapion.

Obligations du propriétaire.

599 — Le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier.

De son côté, l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il

(1) Delv., p. 155, no 1; Proudhon, Usuf., nos 524 et suiv.; Dom pub., no 1294; Zach., § 227.
(2) Dur., nos 421 et 580, t. 4. *Voy.* cep. Proudhon, nos 526 et 1294.
(3) Zach., p. 14; Proudhon, t. 2, p. 530.

prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée.

Il peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état.

= Notre article complète la théorie des droits de l'usufruitier, en indiquant les obligations du propriétaire. — Nous aurons encore à revenir sur ce point.

La première disposition existait seule dans le projet (1); elle consacre une conséquence du principe qui défend à toute personne de nuire à autrui (1382).

Le nu-propriétaire n'est pas seulement privé du droit de jouir; il doit de plus s'abstenir de tout acte qui pourrait gêner l'exercice du droit de l'usufruitier.

En conséquence, il ne peut détruire ce qui se trouve sur l'héritage; par exemple, dégrader les édifices ou couper des arbres, car il diminuerait ainsi la jouissance de l'usufruitier (Proudhon, nº 1465);

Il ne peut établir sur l'héritage de servitudes gênantes pour l'usufruitier, ni faire remise de celles qui sont dues à cet héritage;

Enfin, il ne peut, contre le gré de l'usufruitier, faire sur le fonds aucune construction *non nécessaire*, quand même les travaux seraient de nature à augmenter l'importance de l'usufruit; par exemple, élever d'un étage une maison soumise à ce droit (2); car l'usufruitier serait troublé dans sa jouissance pendant le temps qu'ils exigeraient.

Le propriétaire conserve l'exercice de tous les attributs de la propriété qui sont compatibles avec ceux de l'usufruitier : il peut aliéner la nue propriété de la chose, et même disposer conditionnellement de l'usufruit, puisque ce droit s'éteindra un jour.

Il peut faire des actes conservatoires, sans que l'usufruitier soit fondé à s'y opposer, ni même à réclamer une indemnité pour non-jouissance; notamment, faire les grosses réparations, quels que soient les inconvénients qui puissent en résulter pour l'usufruitier. — Il peut même, en lui offrant une indemnité, prendre toutes les mesures nécessitées par un intérêt majeur, susceptibles de porter atteinte à sa jouissance; par exemple, ouvrir une carrière, abattre les arbres couronnés pour en prévenir le dépérissement, etc. (3).

Dans sa deuxième disposition, notre article reconnaît implicitement à l'usufruitier le droit de faire des améliorations : on entend par *amé-*

(1) Les deux alinéas suivants ont été ajoutés par le conseil d'État dans la séance du 4 brumaire an XII, « afin de prévenir les difficultés qui pourraient s'élever, lors de la cessation de l'usufruit, sur les améliorations faites à la chose par l'usufruitier. »

(2) Proudhon, nos 1463 et suiv.; Zach., § 229; Salviat; — Lyon, 13 décembre 1832, Pal.

(3) Pothier, Douaire, nº 240; Zach., p. 22; Toullier, nos 441 et 442, t. 3; Delv., t. 1er, p. 148; Dur., t. 4, p. 546 et 641; Proudhon, t. 2, nos 871 et suiv.; — Poitiers, 2 avril 1818, Dev. Pal.

liorations, tout ouvrage qui augmente le produit, l'utilité ou la jouissance de la chose.

Nous supposons, bien entendu, que ces améliorations ne doivent pas avoir pour résultat d'en changer la substance; autrement, il y aurait abus de jouissance : — ainsi, l'usufruitier peut ajouter des boiseries, des peintures ou autres décorations à un appartement, établir des fossés ou des murs de clôture, faire des plantations, etc.

Mais toute action en indemnité lui est refusée, quand même ces travaux et ces dépenses auraient ajouté plus de valeur au fonds ; car, d'une part, les avantages qu'il a retirés des améliorations compensent ce qu'elles lui ont coûté; d'autre part, il pourrait causer un préjudice réel au propriétaire, par des dépenses que ce dernier n'aurait peut-être pas le moyen de rembourser : *donasse censetur.*

Du reste, la loi ne lui refuse pas le droit d'enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il a fait placer, quand même ces objets seraient scellés dans le mur ou feraient corps avec la boiserie; mais à charge de rétablir les lieux dans leur premier état.

Nous pensons qu'il faut appliquer cette disposition finale à toute espèce d'objets mobiliers placés sur le fonds par l'usufruitier pour en faciliter l'exploitation; car les mêmes raisons de décider se présentent : la loi n'est pas conçue en termes limitatifs.

Pour que l'enlèvement puisse avoir lieu, deux conditions sont exigées ; il faut : 1° qu'il s'agisse de choses mobilières ; — 2° que ces objets soient susceptibles d'être enlevés sans être fracturés : par exemple, l'usufruitier ne pourrait faire enlever les boiseries, parquets ou plafonds qu'il aurait fait placer dans un appartement. D'ailleurs ces objets ne sont pas de pur ornement.—Bien moins encore, serait-il fondé à démolir, contre le gré du propriétaire, les bâtiments qu'il aurait fait construire sur le fonds soumis à l'usufruit.

— Le propriétaire peut-il, en s'appuyant sur l'art. 599, s'opposer à l'enlèvement des constructions ou des plantations que l'usufruitier à faites, et se dispenser de lui en payer le prix? ✓ Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : la règle de l'art. 555 concerne le possesseur qui a fait sciemment des travaux sur le terrain d'autrui; nous supposons que ces travaux ont été faits par l'usufruitier, c'est-à-dire, en quelque sorte par le propriétaire lui-même (578). La position n'est donc plus la même : le possesseur de mauvaise foi ne recevant rien en compensation de ses dépenses (1), puisqu'il est tenu de restituer les fruits qu'il a perçus, l'équité veut qu'il ait du moins la faculté d'enlever les matériaux provenant des constructions, ou les plantations ; tandis que l'usufruitier acquiert les fruits :— on ne peut supposer que le possesseur de mauvaise foi ait eu l'intention de donner, puisqu'il jouissait par lui-même ; l'usufruitier savait fort bien que sa jouissance n'était que temporaire ; en construisant ou en faisant des plantations, sortes de travaux qui s'identifient avec le fonds, il est dès lors censé avoir voulu gratifier le propriétaire : *donasse censetur.* — D'ailleurs, la loi ne distingue pas; elle parle

(1) Delv. sur l'article 599; Dur., t. 4, n° 380; Zach., p. 27. *Voy.* cep. Proudhon, t. 3, nos 1442 et suiv.

des *améliorations* en général ; or, en construisant, on améliore : cette expression reçoit par conséquent, dans l'article 599, le sens le plus étendu, celui qui lui est donné dans les articles 2133 et 2175. — Telle était, au surplus, la règle du droit romain : on décidait, à Rome, que l'usufruitier ne pouvait exiger d'indemnité, et qu'il ne pouvait rien enlever : *Si quid inædificaverit posteà cum neque tollere hoc neque refigere posse* (Inst. l. 2, t. 1er, § 30 ; ff. l. 4, t. 1, § 12). Ces règles avaient passé dans notre ancienne jurisprudence (Pothier, Douaire, nº 276 ; Usuf., nº 19); il est raisonnable de penser que le nouveau législateur a entendu les reproduire (1). — L'art. 599, 3e alin., est du reste en complète harmonie avec l'art. 525, lequel déclare que les ornements et autres objets mobiliers de faible importance ne prennent le caractère d'immeubles par destination qu'autant qu'ils ont été placés sur le fonds par le propriétaire ; en effet, le mot *amélioration* se réfère à ces sortes d'objets ; — l'usufruitier, de même que le locataire, doit donc avoir la faculté de les enlever; mais là se borne son droit ; il doit laisser au propriétaire, sans indemnité, tout ce qui est immobilisé par sa nature, puisque la loi n'établit, dans le titre de l'usufruit, aucune règle spéciale à cet égard : *inclusio unius fit exclusio alterius.*

Nous croyons ce système mal fondé, malgré les autorités graves qui le professent. Rejetons d'abord la fiction *donasse videtur ;* cette fiction était nécessaire pour l'interprétation de la règle du droit strict : *quod solo inædificatur solo cedit*; mais elle ne résout pas le point qui nous occupe (ff. de usu et quemad., l. 15). Oui, les constructions sont acquises au propriétaire, nul ne le conteste ; c'est là une conséquence des principes de l'accession ; mais la question d'indemnité subsiste toujours, et un grand nombre de textes la résolvent en faveur de l'usufruitier (2). — *Vinnius* (3) accorde formellement au constructeur le droit d'enlever ses matériaux, si le nu-propriétaire refuse de l'indemniser, dans tous les cas où il a eu quelque juste motif pour construire, ce qui a lieu quand il s'est proposé d'améliorer sa jouissance (ff. *locati*, l. 55, § 1er). Cette décision, bien que relative au locataire, doit s'appliquer naturellement à l'usufruitier, avec d'autant plus de raison que la jouissance du premier est bornée, tandis que le second jouit comme le propriétaire. — Comment supposer, d'ailleurs, que les jurisconsultes romains, eux qui étaient imbus par-dessus tout de principes d'équité, aient entendu traiter plus sévèrement l'usufruitier que le *prædo ?* — Quant à Pothier, il n'est pas aussi explicite qu'on le prétend ; on lit ce qui suit dans son traité du *Douaire*, nos 278 et 279 : « Le propriétaire de l'héritage sur lequel la douairière a fait des impenses sans nécessité et sans le consulter n'est pas obligé de les rembourser aux héritiers.....; mais au moins ce propriétaire est obligé de souffrir que les améliorations que la douairière a faites *viennent en compensation* jusqu'à concurrence avec les dégradations..... » « Il reste à observer que si le propriétaire de l'héritage n'est pas obligé envers les héritiers de la douairière au remboursement des améliorations faites par la douairière, il doit au moins souffrir qu'ils emportent tout ce qui peut être détaché et emporté sans détérioration, *comme nous l'avons vu.* » — « Ces derniers mots, dit Ducaurroy, se réfèrent à un passage dans lequel Pothier avait précédemment expliqué qu'il doit être permis aux héritiers de la douairière d'emporter toutes les choses mobilières qu'elle a apportées dans la maison, quand même ces choses y seraient attachées *à fer et à clou.* » — D'abord on peut répondre avec quelque raison, ce nous semble, que la 2e partie de cet alinéa se lie

(1) Toullier, nos 427 et 428; Malleville; — Cass, 10 juin 1825 et 23 mars 1825, Dev. Pal.; Bourges, 24 février 1837, Dev., 1838, 2, 108, Pal.

(2) FF. *de rei vind.*, l. 38, Cod. eod.; ff., *de hæred. petit.*, l. 23, Cod. eod; l. 37 et 38; ff. de *neg. gest.*, l. 6, § 3.

(3) Inst. de rer. dev., § 30. nº 4.

à la 1re; or, dans celle-ci, Pothier parle des *améliorations*, c'est-à-dire, des travaux qui ont augmenté la valeur intrinsèque du fonds, effet que ne produisent pas de simples ornements. — En admettant que Pothier ait eu la pensée que lui prête Ducaurroy, nous trouvons dans ce passage même un argument en notre faveur : si l'usufruitier peut enlever les choses d'une faible valeur, on doit, *à fortiori*, ce nous semble, lui reconnaître cette faculté quand les travaux ont une importance telle qu'ils représentent un capital ; il serait illogique de ne pas étendre à ce dernier cas la décision admise pour le premier. Pothier a dû s'expliquer formellement sur les effets mobiliers scellés à fer et à clou dans les appartements, parce qu'on aurait pu prétendre que ces objets se trouvaient immobilisés par le fait ; que l'usufruitier n'avait pas le droit de les enlever ; que le propriétaire devait avoir la faculté de les retenir en payant une indemnité, conformément à la règle générale de l'article 555 : or, il entendait établir une exception à cette règle, et accorder à l'usufruitier, pour ce cas unique, un droit spécial. — De ce qu'il a gardé le silence sur les constructions, il ne s'ensuit pas qu'elles soient acquises au propriétaire sans indemnité ; tout ce que l'on peut conclure de là, c'est qu'il a entendu laisser l'usufruitier soumis au droit commun ; créant une exception, il n'avait point à dire qu'il maintenait la règle pour les cas non prévus. — Pothier, ajoute le même auteur, dispense formellement le propriétaire de rembourser à l'usufruitier les impenses qu'il a faites pour améliorations. C'est là, selon nous, méconnaître sa pensée ; son seul but a été de proclamer que l'usufruitier ne pourrait être assimilé au possesseur de bonne foi, voilà tout : et en effet, il serait inéquitable d'imposer au propriétaire une obligation imprévue, qui dépasserait ses ressources et qui le mettrait dans la nécessité de déguerpir. Mais en quoi sa position se trouve-t-elle aggravée par l'enlèvement des constructions et des plantations, si les lieux sont rétablis ensuite dans leur premier état ? Comment croire que Pothier, qui reconnaît implicitement à l'usufruitier des titres à l'indemnité (puisque, suivant sa doctrine, les améliorations se compensent avec les dégradations), entende lui refuser le droit d'enlèvement, et le traiter en cela plus rigoureusement que le possesseur de mauvaise foi ou le locataire (*voyez* ce qu'il a établi sur le louage, no 131) ? — Au surplus, les doutes qui pouvaient exister dans notre ancienne législation sur le point qui nous occupe paraissent levés par celle qui nous régit : le principe d'équité que *nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui*, domine dans nos lois (articles 555, 1375, 1775 et suiv.). De ce principe découle naturellement cette autre règle : *que la volonté de donner ne se présume pas ; nemo donasse censetur.*—L'article 599, il est vrai, déclare que l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer d'indemnité pour les améliorations qu'il a faites ; mais on observe que ce mot n'est employé dans aucun article pour exprimer les constructions et les plantations (*voyez* art. 552-555) ; décider qu'il reçoit ici une acception plus étendue, ce serait supposer une impropriété d'expression dont on ne peut légèrement accuser le législateur. Les constructions ou les plantations ne sont pas des améliorations proprement dites, mais des additions ; ce sont en quelque sorte des immeubles qui viennent s'incorporer à d'autres immeubles : on ne dit pas qu'un emplacement pour bâtir a été amélioré par des constructions, mais qu'on a construit sur cet emplacement.—Quelle est donc ici la signification du mot *amélioration ?* Il comprend les travaux non apparents destinés à rendre le fonds plus productif ou plus agréable, ces augmentations de valeurs successives, imperceptibles, inappréciables par elles-mêmes, car elles s'identifient avec la chose. — Nous donnerons pour exemple le cas où l'usufruitier aurait creusé des fossés pour l'irrigation, extirpé des racines, jeté de l'engrais sur les terres, mis des landes en culture, distribué des appartements d'une manière plus commode ou plus productive ; telle a été la pensée du législateur. On

lit dans l'exposé des motifs, par M. Galli, le passage suivant : «..... L'usufruitier peut-il réclamer des indemnités? Non ; pas même dans le cas où, par ces travaux et ces dépenses, il aurait ajouté plus de valeur au fonds, *car les avantages qu'il a retirés de ces améliorations compensent ce qu'elles lui ont coûté.....* » (Fenet, p. 222, t. 11). Or, bien rarement on arrive à ce résultat quand il s'agit de constructions.—Cette disposition a eu pour objet unique de prévenir une foule de petits procès qui se seraient élevés entre le nu-propriétaire et l'usufruitier à l'époque de l'extinction du droit.—Au résumé, puisque l'usufruitier ne peut être assimilé au possesseur qui a construit de bonne foi, on doit naturellement lui faire application des règles relatives au possesseur de mauvaise foi ; on ne saurait le placer dans une position pire que ce dernier ; la loi n'a rien prévu au delà ; toute spoliation répugne à son esprit (1).

Si l'usufruitier a vendu ou cédé son droit à un tiers, ce tiers peut-il prétendre à une indemnité pour les améliorations qu'il a faites sur le fonds? L'affirmative est évidente. Vainement dirait-on que le cessionnaire ne peut avoir plus de droits que le cédant, on retomberait ici dans la règle générale qui ne permet pas que l'on s'enrichisse aux dépens d'autrui (Proudhon, nos 1457 et suiv.).

SECTION II.

OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER.

Toutes les obligations de l'usufruitier peuvent se réduire aux quatre points suivants :

1° Jouir *en bon père de famille*, c'est-à-dire, comme un administrateur éclairé : il ne lui suffirait donc point, pour se soustraire à l'action en indemnité qu'on exercerait contre lui, à raison de quelques dégradations provenant de son fait ou de sa négligence, d'alléguer qu'il a usé des objets soumis à son droit comme des siens propres : la loi ne considère point l'aptitude relative ; elle impose un devoir. — L'usufruitier serait passible de dommages-intérêts, par exemple, s'il avait employé, pour augmenter momentanément ses profits, des moyens de nature à épuiser la fécondité du sol ou à le rendre pour l'avenir moins productif.

2° *Ne point changer la substance ;* ce qui emporte l'obligation de jouir de la chose suivant la destination qui lui est donnée soit par le titre constitutif, soit par sa nature. — Il peut faire des améliorations (599), mais sans être admis à exercer aucun recours contre le nu-propriétaire.

3° *Veiller à la conservation des biens soumis à son droit.* — Gardien de la chose (*in rem suam*), comme usufruitier, il est de plus, à ce titre, *procurator in rem alterius.* — Dumoulin le déclare responsable des fautes les plus légères. Cette doctrine est reproduite par Proudhon, no 1542.

4° *Acquitter les charges annuelles et autres* qui sont considérées

(1) Dur., nos 380, 481 et 589; Delv., p. 155, no 4; Proudhon, nos 1449 et suiv.; — Colmar, 23 janvier 1831, Dev., 1831, 2, 180; D. P., 31, 2, 36.

comme pesant sur les fruits : celles qui frappent sur la *propriété* sont supportées par le nu-propriétaire et par l'usufruitier, suivant un mode que la loi a pris soin de déterminer (608 et 609).

L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles se trouvent (600) ; lors de l'extinction de son droit, il tient compte du dommage qu'il a causé.

Pour assurer l'exécution de cette obligation, on prend diverses mesures ; ces mesures sont relatives :

1° A l'entrée en jouissance ;

2° Aux charges de cette jouissance.

Obligations imposées à l'usufruitier lorsqu'il entre en jouissance.

L'usufruitier doit : 1° faire dresser *un inventaire des meubles et un état descriptif des immeubles ;* 2° *donner caution* (601 et 602), à moins qu'il ne se trouve dans un cas exceptionnel.

De l'inventaire.

600 — L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont ; mais il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit.

= La première phrase de notre article est étrangère aux obligations de l'usufruitier ; la règle qu'elle consacre a pour base le principe, qu'en matière d'usufruit le constituant, à la différence du bailleur, n'est pas tenu de *faire jouir* (1719), mais de *laisser jouir :* sa position est celle d'un vendeur ou d'un donateur (suivant que le droit a été constitué à titre onéreux ou à titre gratuit) ; il concède seulement un des attributs de sa propriété, un *jus in re.*

De ce principe résultent les conséqnences suivantes :

Le constituant doit accorder sur ses autres fonds tous les droits *nécessaires* à la jouissance de l'usufruitier, mais sans être tenu de rendre cette jouissance plus commode. — L'usufruitier doit entretenir les baux existants ; — les loyers et fermages échus à partir de l'ouverture de son droit lui appartiennent ; — il jouit de toutes les servitudes établies au profit du fonds ; — il doit souffrir l'exercice de toutes celles dont le fonds est grevé ; — à la différence du preneur, il ne peut exiger que les bâtiments lui soient livrés en bon état ; lors de l'extinction de son droit, il se libère en restituant les choses dont il a joui, non détériorées par son fait ou par sa faute ; on n'exige de lui, pendant la durée de sa jouissance, d'autres soins que ceux d'un bon père de famille (601).

Arrivons aux obligations de l'usufruitier : *Il ne peut entrer en jouissance*, porte notre article, *qu'après avoir fait dresser, en présence du*

propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit.

L'inventaire a pour but de prévenir une foule de contestations minutieuses qui pourraient s'élever, à la fin de l'usufruit, entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, si rien ne constatait l'importance des biens livrés et l'état où ils se trouvaient lors de l'ouverture du droit.

Tous les meubles, quelle que soit leur nature, *fongibles* ou *non fongibles*, doivent être inventoriés. — *Au* 1er *cas*, il faut indiquer non-seulement l'espèce, la quantité et la qualité des choses livrées, mais encore leur prix estimatif; — *au* 2e *cas*, une indication purement descriptive est suffisante, puisqu'il n'y a point translation de propriété. (Dur., nos 578, 579, 595.)

Quid si l'usufruitier a pris possession sans inventaire et sans qu'un état des immeubles ait été dressé? Le propriétaire peut employer les voies légales : par exemple, il peut sommer l'usufruitier de remplir cette obligation dans un certain délai, puis requérir l'apposition des scellés et faire ordonner par le tribunal que les biens seront provisoirement séquestrés (1).—Rien ne s'oppose à ce que le propriétaire soit nommé séquestre (2); c'est même ce qui arrive le plus fréquemment.

Mais supposons que l'usufruitier ait été laissé en possession ; quelles seront les suites du silence que le nu-propriétaire aura gardé ? Distinguons :

En ce qui touche les meubles, si l'usufruitier a possédé au vu et su du propriétaire et de son consentement tacite, ce dernier n'est admis, à la fin de l'usufruit, qu'à la preuve par titre et par témoins ; dans le cas contraire, il peut user, en outre, de la preuve par *commune renommée*. (Argument des articles 1415, 1442 et 1504.)

En ce qui touche les immeubles, l'usufruitier est *présumé* les avoir reçus en bon état de réparation de toute espèce (1731); toutefois, comme ce n'est là qu'une présomption, la preuve contraire est admise (3).

Nul doute que le propriétaire pourrait également recourir à la commune renommée, pour établir l'importance des objets mobiliers, immobilisés par destination, que l'usufruitier ne représenterait pas.

Quid si l'usufruitier a fait dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles, mais hors la présence du propriétaire et sans l'avoir appelé? Les opérations seront irrégulières par rapport à ce dernier ; la preuve par commune renommée devra en conséquence lui être ouverte (4).

Que faut-il décider relativement aux fruits ? Point de question, si l'usufruitier a joui, au vu et su du propriétaire, sans opposition de sa part (Proudhon, n° 797).

(1) Toullier, n° 419; Proudhon, n° 794, t. 2; Grenoble, 27 mars 1824, Dev.; Dal., 1825, 2, 75.

(2) Bastia, 15 juin 1835, Dev., 1836, 2, 183; D. P., 36, 2, 55; Dijon, 2 juillet 1842, D. P., 43, 1, 114; Dev., 42, 2, 473; Pal., 44, 1, 36.

(3) Dur., n° 595; Toullier, t. 3, n° 421; Proudhon, t. 4, n° 794; t. 5, nos 795, 2594; Zach., p. 8; — Nancy, 28 novembre 1824, Dev. Pal.; Dur., n° 593.

(4) Limoges, 23 novembre 1840, Dev., 1841, 2 161.

Mais, dans le cas contraire, fera-t-il les fruits siens?

D'une part, on raisonne ainsi : l'article 600 porte que l'*usufruitier* NE PEUT *entrer en jouissance qu'après*, etc..... Quoi de plus absolu? Trouve-t-on quelque texte qui semble même modifier ce principe? D'ailleurs, toute règle prohibitive doit avoir une sanction; or, où serait-elle, dans notre espèce, si l'usufruitier pouvait profiter des fruits? La loi ne serait plus qu'une lettre morte.—On argumente des termes du premier alinéa de l'article 600; mais déjà nous avons vu que cette disposition a pour but unique d'établir une différence entre la position de l'usufruitier et celle du preneur. — On argumente en outre de l'article 604, lequel déclare que « les fruits sont dus à l'usufruitier du moment où l'usufruit a été ouvert. » Mais ce dernier article peut être invoqué avec bien plus de raison contre lui : en effet, puisque la loi réserve exceptionnellement des droits pour le cas de retard ou d'impossibilité de donner caution, n'est-il pas conforme à la saine logique de décider, *à contrario*, qu'il en est privé quand il n'a pas fait inventaire, suivant cet axiome : *Exceptio firmat regulam?* — D'ailleurs, les motifs qui ont dicté cette exception sont bien simples : le législateur a considéré qu'il n'est pas toujours facile de trouver une caution, tandis que le défaut d'inventaire ne peut être que le résultat d'une coupable négligence, souvent même d'intentions frauduleuses.— Au résumé, l'usufruitier n'acquiert les fruits qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire du mobilier et un état des immeubles; il doit même restituer ceux qu'il a perçus de fait avant d'avoir accompli cette obligation (1)

Ces raisons ne sont que spécieuses; on peut les réfuter par les termes mêmes de l'article 600. Après ces mots : l'*usufruitier prend les choses dans l'état où elles se trouvent*, on lit ceux-ci : *mais il ne peut entrer en jouissance qu'après*..... Le droit s'ouvre donc avant l'entrée en jouissance; or, il résulte des articles 585, 586, 600 et 604, que les fruits appartiennent à l'usufruitier à partir du jour de l'ouverture de son droit; concluons de là que l'expression *jouissance* est employée ici dans le sens de *possession;* qu'il faut lire comme s'il était dit : *ne peut entrer en possession, etc.*—Décider que l'usufruitier perd les fruits; l'obliger, par suite, à rendre compte au propriétaire de tous ceux qu'il a perçus avant que l'inventaire et l'état des immeubles n'aient été dressés, ce serait d'ailleurs prononcer une peine qui ne résulterait d'aucun texte.— L'art. 600, dit-on, n'aura pas de sanction. La sanction consistera dans la faculté conférée au propriétaire de faire ordonner le séquestre, de prouver la consistance et valeur du mobilier non inventorié, même par commune renommée; enfin, dans cette conséquence, que l'usufruitier sera censé avoir reçu les immeubles en bon état (2).

(1) Zach., p. 11; — Toulouse, 18 août 1820 et 29 juillet 1829; Dev., 1838, 2, 289; D. P., 30, 2, 262.

(2) Toullier, t. 3, n° 419; Dur., n° 393; Proudhon, t. 1er, n° 794; — Grenoble, 27 mars 1824, Dev. Pal.; D. P., 1825, 2, 75; Bastia, 15 juin 1855, Dev., 1836, 2, 183, Pal.; D. P., 1856, 2, 33; Nîmes, 5 juin 1858, Dev., 1858, 2, 289; D. P., 1858, 2, 100; Pal., 1858, 2, 274; Dijon, 2 juillet

Bien moins encore admettrons-nous que l'usufruitier sera frappé de déchéance : l'article 1442, dont on argumente, consacre une disposition pénale ; or, nous le répétons, ces sortes de dispositions ne peuvent s'appliquer par analogie.

Les frais d'inventaire et l'état des immeubles sont à la charge de l'usufruitier, puisque c'est à lui que l'obligation est imposée.

Si les parties sont majeures et maîtresses de leurs droits, ces actes peuvent être dressés sous seing privé par un écrit double. — Si l'une d'elles est incapable, le tribunal commet un notaire pour faire l'inventaire et des experts pour constater l'état des immeubles.

— Le donateur ou le testateur peut-il, en constituant un usufruit, dispenser l'usufruitier de faire inventaire ? ∿ Écartons l'hypothèse où la dispense toucherait évidemment à la réserve : il est certain qu'on devrait, en ce cas, la réputer non écrite ; sans inventaire, comment savoir, en effet, si le disposant s'est renfermé dans les limites du disponible (913).—La question ne se présente, dès lors, qu'autant qu'il n'existe pas de réservataires ; restreinte dans ces limites, elle est controversée : d'une part, on dit que l'obligation de faire inventaire est une mesure d'ordre public, puisqu'elle a pour objet de prévenir des contestations qui naîtraient à la fin de l'usufruit, et que la loi est conçue en termes généraux et absolus (1). ∿ Mais le système contraire est généralement admis ; toutes considérations tombent devant ce raisonnement : celui qui peut disposer en pleine propriété doit avoir la faculté d'affranchir l'usufruitier des obligations que lui impose la loi, puisque ces obligations sont fondées principalement sur l'intérêt privé du nu-propriétaire. Le conseil d'État s'est même prononcé en ce sens : le consul Cambacérès proposa de placer, en tête du chapitre des obligations de l'usufruitier, la disposition générale énoncée dans l'article 625; il s'exprima ainsi : « En consacrant le principe que le *titre fait loi*, et que les dispositions du Code civil ne sont destinées qu'à la suppléer, cette disposition lèverait une foule de difficultés, celle, par exemple, qui s'est élevée sur l'effet de la clause qui *dispenserait l'usufruitier de donner caution et de faire inventaire.* » Cette proposition fut adoptée (Fenet, 185, t. 2). Bien qu'elle n'ait pas eu de suite, la pensée du législateur est évidente (2); — dans tous les cas, le nu-propriétaire conserve la faculté d'accomplir cette formalité, mais à ses frais et sans aucune répétition (3).

Le testateur peut il, avec effet, défendre à ses héritiers (autres, bien entendu, que des réservataires) de faire inventaire, et, dans ce cas, l'usufruitier pourrait-il s'opposer à ce que l'inventaire fût fait ? ∿ Le nu-propriétaire ne peut connaître qu'au moyen d'un inventaire les objets qui composent sa propriété (994). — Au surplus, la donation d'objets mobiliers n'est valable qu'autant qu'un état estimatif a été dressé (948). — D'un autre côté, tout héritier peut accepter sous bénéfice

1842, Dev., 1842, 2, 473; D. P., 1843, 2, 114; Pal., 1844, 2, 36. *Voy.* cep. Toulouse, 29 juillet 1829 et 18 août 1820, Dev. Pal.

(1) Proudhon, nos 800 et suiv.; — Paris, 24 août 1825; Dev., 1843, 1, 481; D. P., 1843, 1, 192; Pal., 1843, 2, 27.

(2) Dur., no 598; Favard, Usuf., § 3, no 1; Merlin, Usuf., § 2, no 2; Toullier, no 420; — Agen, 3 nivôse an XIV; Bruxelles, 20 juin 1810.

(3) Locré, art. 600; Favard, Usuf., § 3, no 1; Zach., p. 8; Dur., nos 599 et 611; Toullier, *ibid.*; Delv., p. 151, no 5; Merlin, *ibid.*; Proudhon, nos 820 et suiv.; Salviat, t. 1er, p. 104; Massé, Dr. comm., no 464, t. 3; — Paris, 20 ventôse an XI; Bourges, 13 messidor an XIII; Poitiers, 29 avril 1807; Bruxelles, 18 décembre 1811, 10 juin 1812; Toulouse, juin 1831; Bastia, 26 février 1840, Pal., 1842, 2, 416.

d'inventaire ; lui interdire de faire inventaire, ce serait le priver de ce droit. — Cette défense serait d'ailleurs contraire au vœu de la loi, car elle mettrait dans la nécessité de recourir à une enquête ; or, la preuve testimoniale n'est pas vue avec faveur (Proudhon, t. 2, nos 800 et suiv.; — Toulouse, 23 mai 1831, Dev., 32, 2, 322, Pal.

De la caution.

601 — Il (l'usufruitier) donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit ; cependant, les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, le vendeur ou le donateur, sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution.

=L'usufruitier doit jouir en *bon père de famille :* il ne lui suffirait pas d'apporter à la conservation de la chose les soins qu'il donne à ses propres affaires; la loi exige de lui les soins d'un administrateur intelligent, *in abstracto.*

Pour assurer l'exécution de cet engagement, il est tenu de fournir caution ; régulièrement, cette caution doit être présentée et agréée avant l'entrée en jouissance ; néanmoins, comme il s'agit d'une simple garantie, on conçoit que le propriétaire, qui ne l'a pas exigée tout d'abord, conserve la faculté d'y recourir ensuite, si l'expérience lui démontre que ses intérêts peuvent se trouver compromis : la loi, en effet, ne prononce pas contre lui de déchéance (1).

On nomme *caution*, la personne qui s'oblige pour une autre.

La caution doit être capable de s'obliger, et avoir des biens suffisants pour garantir les intérêts du nu-propriétaire (2018, 2019, 2040 combinés).

La solvabilité de la caution s'estime en raison de ses propriétés foncières, à moins que l'objet ne soit modique ; on n'a égard ni aux immeubles litigieux, ni à ceux dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation (Proudhon, no 822).

Toutefois, la loi n'exige pas que les immeubles représentent la valeur des objets compris dans l'usufruit ; il suffit qu'ils aient assez d'importance pour répondre du dommage possible (2).

Ainsi, lorsque l'usufruit porte sur des choses mobilières, la caution répond de la valeur totale de ces objets, parce qu'ils peuvent être facilement détournés ; quand il s'agit d'immeubles, on considère uniquement la dégradation qu'ils sont susceptibles d'éprouver (Dur., no 602).

Si l'usufruitier ne trouve personne qui veuille le cautionner, il peut offrir, conformément à la règle de l'article 2041, un gage en nantisse-

(1) Proudhon, no 813; Zach., p. 8.
(2) Dur., no 602; Zach., § 226.

ment suffisant; par exemple, consigner dans la caisse publique une somme d'argent ou des rentes sur l'État (1).

Nous ne voyons pas même pourquoi la faculté de donner une hypothèque lui serait refusée, puisque c'est par les immeubles qu'on estime sa solvabilité : *plus est cautionis in re quam in personâ* (2). On ne doit recourir aux mesures extrêmes déterminées par les articles 602 et 603, qu'à défaut de toute garantie; tel nous paraît être l'esprit de la loi.

Il va de soi que l'usufruitier supporte les frais nécessités par le cautionnement; il s'agit de l'exécution d'une obligation qui lui est imposée.

L'usufruitier est dispensé dans trois cas de fournir caution :

1° Lorsque cette dispense résulte du titre constitutif de l'usufruit : — quand le droit est constitué à titre onéreux, aucune difficulté ne peut naître; mais il n'en est pas de même lorsqu'il est constitué à titre gratuit (*voyez* les questions).

Notre article n'exige pas que la dispense soit expresse; elle peut s'induire des termes de l'acte (3).

2° Lorsqu'il s'agit de la jouissance légale des père et mère : on ne doit pas faire à des parents l'injure de penser qu'ils pourront négliger les intérêts de leurs enfants (384). Il y aurait d'ailleurs trop de cautions à fournir.

Mais observons que la dispense est restreinte au cas d'usufruit légal de la fortune des enfants : les père et mère, usufruitiers à tout autre titre, ne seraient donc pas affranchis de la règle générale; par exemple, dans le cas prévu par l'article 754, ils doivent, sans aucun doute, donner caution; car les biens n'appartiennent pas aux enfants, mais à des collatéraux (4).

3° Lorsqu'une chose a été vendue ou donnée *sous réserve d'usufruit :* la loi ne présume pas que le vendeur ou le donateur aient consenti à s'imposer cette charge. La dispense s'explique d'ailleurs par cette considération, que l'un et l'autre ne font que continuer, comme usufruitiers, la jouissance qu'ils avaient précédemment comme propriétaires; que l'acquéreur a pu apprécier leur manière d'administrer. — Nous réservons toutefois le cas d'abus de jouissance (Proudhon, t. 2, n° 83; *v.* art. 618).

Quant au vendeur et au donateur de l'usufruit avec réserve de la nue propriété, ils sont fondés à exiger une caution (5) : cela ne peut faire l'objet d'un doute, puisque la loi ne crée pas d'exception en faveur de l'acquéreur. D'ailleurs, il s'agit pour eux de commencer une jouissance

(1) Cass., 17 mars 1835, Pal.

(2) Dur., t. 4, n° 603; Toullier, t. 3, n° 422; Zach., § 226; Troplong, Cautionn., n° 592; Dal., 1851, 2, 207; Toulouse, 10 mai 1809, Dev. Pal.— Cette dernière faculté lui est refusée par Proudhon, n°s 846 et suiv., t. 2, et par Ponsot, Cautionn., n° 386. Ces auteurs se fondent principalement sur le silence de la loi. — Limoges, 12 mars 1851.

(3) Proudhon, n° 825; — Aix, 29 mars 1817, Dev. Pal.: Bordeaux, 24 juin 1842, Dev., 1843, 2, 36; D. P., 43, 2, 421.

(4) Malleville sur l'article 601; Dur., t. 4, n° 608; Proudhon, n° 828; Zach., p. 9. — *V.* cep. Delv. sur l'art. 601.

(5) Zach., p. 10; Proudhon, n° 830; Dur., n° 610; — Aix, 29 mars 1817, Dev. Pal. *Voy.* cep. Delv., p. 155, n° 13.

nouvelle, et non pas, comme celui qui dispose de la nue propriété, de continuer une jouissance antérieure.

4° Enfin, le mari, en tant qu'il a la jouissance des biens personnels de sa femme, est également dispensé de donner caution.

— Le testateur ou le donateur qui dispose du droit d'usufruit peut-il faire remise au légataire ou au donataire de l'obligation de fournir caution? ∽ Qui peut le plus, peut le moins; mais il faut combiner cette décision avec celle que nous avons admise sous l'article précédent, sur la question de savoir si l'usufruitier peut être dispensé de faire inventaire.—En conséquence, lorsque la dispense peut avoir pour résultat de compromettre la réserve, on doit la réputer non avenue; du moins ses effets sont restreints à la quotité disponible (1).— La dispense peut être tacite; on peut l'induire des termes de l'acte; la loi n'exige pas qu'elle soit expresse (2) : — mais, certes, elle ne résulterait pas suffisamment de la dispense de faire inventaire, car il n'y a point d'analogie.

602 — Si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre;

Les sommes comprises dans l'usufruit sont placées;

Les denrées sont vendues, et le prix en provenant est pareillement placé;

Les intérêts de ces sommes et les prix des fermes appartiennent, dans ce cas, à l'usufruitier.

= Anciennement, lorsque l'usufruitier ne pouvait donner ni caution ni gage, il était d'usage, dans certains pays, de se contenter de sa caution *juratoire*, c'est-à-dire, de sa promesse faite avec serment : mais une telle garantie, de la part d'un homme pauvre, était insuffisante; le Code a consacré des principes plus judicieux (3):

Trois cas ont été prévus : il s'agit d'immeubles, de denrées ou de choses mobilières qui dépérissent par l'usage.

Les immeubles doivent être donnés à bail ou confiés à un séquestre, c'est-à-dire, à un gardien qui rendra compte des produits. — Au 1er cas, l'usufruitier perçoit les fermages; — au 2e cas, ils sont perçus par le séquestre: ce dernier prélève ses débours, le montant des impenses qu'il s'est trouvé dans la nécessité de faire pour l'entretien de l'immeuble et autres charges usufructuaires (1596), et verse le surplus entre les mains de l'usufruitier. — Le propriétaire lui-même peut être choisi pour séquestre. (*V.* p. 739.)

(1) Proudhon, t. 2. nos 824 et suiv.; Dur., n° 611; Favard, Usuf.; Coin-Delisle sur l'art. 1094, n° 12; — Nancy, 21 mai 1825, Dev. Pal.; Douai, 20 mars 1833; Paris, 9 novembre 1836, Pal.; Bourges, 29 février 1841, Pal., 1845, 2, 371; Toulouse, 27 novembre 1841, Pal., 1842, 1, 488; Rouen, 24 février 1842, Pal., 1842, 1, 616; Douai, 18 mars 1842, Pal., 1843, 2, 394; Rouen, 17 février 1844, Pal., 1844, 1, 403; Orléans, 14 juillet 1847, Pal., 1847, 2, 351.

(2) Bordeaux, 24 juin 1842, Pal., 1843, 2, 49; Bourges, 29 juin 1841, Pal., 1843, 2, 371.

(3) *Donner à ferme*, c'est établir un fermier qui cultive moyennant une redevance. Mais ic cette disposition doit être entendue *lato sensu;* elle s'applique également au *colon partiaire.*

Mettre en séquestre, c'est confier l'administration à un dépositaire salarié; cet administrateur est chargé de régir les biens.

Le fermier est au choix de l'usufruitier, car c'est à ce dernier que la jouissance du domaine appartient; mais le propriétaire peut refuser un fermier sans moyens, comme il peut refuser une caution insolvable.

Quid si l'une des parties veut un fermier, et l'autre un séquestre ? — On aura égard aux garanties que le fermier ou le séquestre présentera : toutes choses égales, la préférence sera due au fermier, car celui-ci, ayant un intérêt plus direct, donnera plus de soins à la culture.

Les denrées, c'est-à-dire, les choses qui se consomment par le 1er usage, ou plus généralement, les choses *fongibles* existantes au moment de l'entrée en jouissance, sur lesquelles est établi le droit de l'usufruitier (ce qui suppose le cas de *quasi-usufruit*), sont vendues, et le prix qui en provient, de même que les capitaux compris dans l'usufruit, est placé : l'usufruitier touche les intérêts.

Comment fera-t-on le placement des sommes comprises dans l'usufruit, si l'usufruitier et le propriétaire ne peuvent s'accorder ? Le tribunal avisera.

Les frais qu'entraînent ces mesures sont à la charge de l'usufruitier ; car c'est à lui que l'obligation de fournir caution est imposée.

Voyez, pour le cas d'usufruit des meubles non fongibles, l'article suivant.

— Qui supportera la perte du prix provenant de la vente des meubles, si ce prix a été placé ? ∽ Ce sera l'usufruitier, si les meubles sont *fongibles ;* dans le cas contraire, ce sera le propriétaire, d'après la maxime : *Res perit domino.* (Dur., n° 606.)

Le propriétaire est-il dans l'alternative de faire vendre les meubles ou de les abandonner à l'usufruitier qui ne trouve pas de caution ? ∽ Le propriétaire pourrait conserver la possession de ces meubles ; il suffirait qu'il se chargeât, en les prenant, de payer à l'usufruitier l'intérêt du prix estimatif. — La loi ne prétend pas le mettre à la discrétion de l'usufruitier (Proudhon, n° 841).

603 — A défaut d'une caution de la part de l'usufruitier, le propriétaire peut exiger que les meubles qui dépérissent par l'usage soient vendus, pour le prix en être placé comme celui des denrées ; et alors l'usufruitier jouit de l'intérêt pendant son usufruit : cependant l'usufruitier pourra demander, et les juges pourront ordonner, suivant les circonstances, qu'une partie des meubles nécessaires pour son usage lui soit délaissée, sous sa simple caution juratoire, et à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit.

= Le législateur a cru devoir tracer, dans un article spécial, les mesures à prendre relativement aux meubles qui ne se consomment point par le premier usage : il décide en principe, dans l'intérêt du propriétaire, que les meubles sujets à *dépérissement*, comme le linge, les meubles meublants, etc., seront vendus; seulement, il réserve aux juges la faculté d'ordonner, si l'usufruitier en fait la demande, que certains

meubles déterminés, nécessaires pour son usage personnel, lui seront délaissés sous sa simple *caution juratoire*, c'est-à-dire, sans autre garantie que le serment par lui prêté de jouir en bon père de famille.

Le tribunal prend en considération les *circonstances*, notamment la valeur des objets, les besoins de l'usufruitier, et la position de fortune du propriétaire.

Lors de l'extinction de son droit, l'usufruitier doit, s'il ne peut représenter les meubles qu'il a reçus, en rembourser le prix sur le pied de la valeur qu'ils avaient au commencement de l'usufruit, eu égard à leur état constaté dans l'inventaire.

Observons que les meubles *sujets à dépérissement* sont les seuls qui, d'après la loi, doivent être vendus : que doit-on statuer à l'égard de ceux qui ne se trouvent pas dans ce cas, tels que les diamants, les tableaux, les médailles, etc.? Ces objets ne produisent pas de fruits par eux-mêmes ; ce sont en général des choses de luxe, sans utilité réelle ou pécuniaire, qui n'ont qu'une valeur d'affectiou, lors même que le constituant aurait été dans l'usage de les donner à loyer : il serait contraire à l'essence de l'usufruit d'en ordonner la vente. — Le nu-propriétaire les conserve, sans aucun intérêt, jusqu'au moment où l'usufruitier fournira caution (Proudhon, n° 841).

La loi garde le silence sur les meubles incorporels, c'est-à-dire, sur les créances. Elle a considéré, sans doute, qu'il ne pouvait s'élever, à l'égard des biens de cette nature, aucune difficulté : l'usufruitier perçoit les arrérages ou les intérêts; mais, quant au capital, il n'a point qualité pour en donner quittance ; le concours du nu-propriétaire est indispensable pour que le débiteur puisse valablement se libérer.

604 — Le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit ; ils lui sont dus du moment où l'usufruit a été ouvert.

= Le cautionnement a pour objet unique de garantir le propriétaire contre les actes de mauvaise administration : tout en refusant à l'usufruitier qui ne peut satisfaire à cette obligation la faculté de prendre possession, il était dès lors à la fois équitable et juste de lui réserver le droit de réclamer les fruits *à partir du moment où l'usufruit a été ouvert.* — Quel est ce moment? Point de difficulté lorsque l'usufruit est constitué par acte entre-vifs (à titre gratuit ou à titre onéreux) : le droit aux fruits s'ouvre évidemment dès que le contrat est devenu irrévocable. —Que faut-il décider, lorsqu'il résulte d'une disposition testamentaire? la jouissance effective de l'usufruitier court-elle du jour du décès? — Nous pensons que les articles 1005 et 1014 reçoivent leur application même dans la matière spéciale qui nous occupe; en d'autres termes, que l'usufruitier a un droit acquis à partir du décès, mais que l'efficacité de ce droit est subordonnée à la condition d'une demande en déli-

vrance.—Quelques auteurs (1) enseignent que l'article 604 établit ici une règle exceptionnelle : cette exception, disent-ils, est commandée par la nature même des choses; on ne comprendrait pas la constitution d'un droit d'usufruit séparé de celui de profiter des fruits ; les fruits sont l'objet du legs. — C'est là commettre une confusion ; le droit, *ipsum jus*, ce bien incorporel qui est meuble ou immeuble, suivant la nature de l'objet auquel il s'applique, diffère essentiellement de ses produits, lesquels sont toujours meubles. — Entendue judaïquement, la lettre de l'art. 604 nous conduirait à cette conséquence déraisonnable, qu'une exception se trouverait établie précisémeut en faveur de celui que la loi veut frapper, c'est-à-dire, en faveur de l'usufruitier en retard de donner caution ; ce serait d'ailleurs lui donner un sens subversif des principes : l'article 1014 établit une règle générale ; pour déroger à cette règle, il faudrait un texte formel ; ce texte n'existe pas. Certes, on ne saurait considérer comme équivalents à une déclaration expresse, les mots qui terminent l'article 604 ; ils ne peuvent se référer qu'à l'hypothèse de constitution d'usufruit par acte entre-vifs, celle qui se présente le plus fréquemment : quel but, en effet, le législateur s'est-il proposé? Uniquement de déterminer les effets du retard dans l'accomplissement de l'obligation de donner caution, de lever les doutes qui auraient pu naître sur le point de savoir si ce retard devait ou non restreindre le droit aux fruits. — Certes, on ne peut supposer que le législateur ait prétendu traiter le légataire de l'usufruit plus favorablement que le légataire de la propriété. — Au résumé, ces mots : *du moment où l'usufruit a été ouvert*, signifient *du jour où il aurait dû être mis en possession* (2).

Obligations de l'usufruitier pendant sa jouissance.

Toutes les obligations de l'usufruitier, pendant sa jouissance, peuvent se réduire aux points suivants :

1° Faire les réparations *d'entretien*. — Les grosses réparations sont à la charge du propriétaire (*voyez* art. 605 et suivants). — Mais, par exception, ni le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de réparer ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a péri par cas fortuit (607, 615 et 616) ;

2° Payer les charges annuelles (608 et 610). — Celles qui sont imposées extraordinairement, pendant la durée de l'usufruit, pèsent sur l'usufruitier et sur le nu-propriétaire (609).

L'usufruitier universel ou à titre universel contribue, suivant le mode déterminé par la loi, aux dettes qui grèvent la succession du consti-

(1) Merlin, Rep., v° Legs; Toullier, t. 3, n° 423; Grenier, t. 1er, n° 303. Ce dernier auteur avait d'abord professé le système contraire. — Bastia, 5 février 1836, Dev., 1836; Turin, 26 août 1806; Coin-Delisle, n° 25.

(2) Proudhon, nos 393 et suiv., 1655 et suiv.; Marcadé, art. 1015; Grenier, Don., t. 1er, n° 503; Dur., n° 520, t. 4; Zach., p. 10, t. 2; Delv., t. 2, p. 580; Vazart, 1015; — Bordeaux, 23 avril 1844, Dev. 1844, 2, 492; Pal., 1844, 2, 553.

tuant et aux charges qu'il a créées (612); l'usufruitier à titre particulier n'en n'est pas tenu (611).

3° Enfin il doit supporter les frais des procès auxquels peut donner lieu l'exercice de son droit (613 et suiv.). — Si le procès est relatif à la pleine propriété, il y contribue suivant le mode établi par les articles 609 et 612.

Ces différents points nous occuperont successivement.

Charges de l'usufruitier en ce qui touche les réparations.

On nomme *réparations*, tout ouvrage fait à une chose dégradée pour en prévenir la perte, ou pour la remettre en état de servir à l'usage auquel elle est destinée.

605 — L'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien.

Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu.

= La loi distingue deux espèces de réparations : 1° les grosses réparations; 2° les réparations d'entretien (1).

Elle déclare que l'usufruitier *est tenu*, en général, de toutes les *réparations d'entretien*, sans distinguer les menues réparations (ou réparations locatives) des réparations de gros entretien qui s'étendent plus loin; car un bon père de famille prend sur ses revenus les sommes nécessaires pour entretenir sa chose : ce sont là des charges qui se renouvellent chaque année.

Le nu-propriétaire peut se faire autoriser à faire, aux dépens de l'usufruitier, les réparations d'entretien (1142), en supposant qu'elles soient susceptibles d'altérer la substance de la chose (2); réclamer une indemnité à raison du dommage provenant du retard, et même, s'il y a lieu, faire prononcer l'extinction de l'usufruit pour abus de jouissance (618) (3) : il y a pour lui intérêt né et actuel.

Toutefois, comme l'usufruitier n'est tenu des réparations d'entretien

(1) Il ne faut pas confondre les réparations d'*entretien* avec les réparations *locatives* : celles-ci sont relatives aux dégradations que le locataire est légalement présumé avoir commises, sauf à lui à prouver qu'elles résultent d'un cas fortuit ou d'une force majeure (*voy.* art. 1754). — Sous ce rapport, les obligations de l'usufruitier sont plus étendues que celles du locataire; en effet, les réparations d'entretien comprennent toutes celles dont le locataire est tenu : on a considéré que le propriétaire jouit en réalité par l'entremise du locataire, puisqu'il reçoit le prix des fermages; dès lors, il a paru juste de lui faire supporter toutes les charges des fruits.

(2) Proudhon, n° 1648; — Cass., 27 juin 1825, 10 décembre 1828, Dev. Pal.; D. P., 1829, 1, 75.

(3) Proudhon, nos 872 et 1648; Dur., n° 625; Zach., p. 18; — Montpellier, 7 juin 1831, Pal.; Dev., 1832, 2, 10; D. P., 33, 2, 116; Cass., 27 juin 1825, Dev. Pal. *Voy.* cep. Amiens, 1er juin 1822, et Cass., 10 décembre 1828, Dev. Pal.

qu'en cette qualité ; comme les obligations que lui impose la loi sont plutôt réelles que personnelles, il peut s'en affranchir (mais seulement *pour l'avenir*) en renonçant à son droit.

Pothier, Douaire, n° 238, va plus loin : il accorde à l'usufruitier la faculté de se décharger des réparations survenues même pendant le temps de sa jouissance, en tenant compte des fruits perçus depuis que les réparations sont devenues nécessaires, pourvu qu'elles ne procèdent pas de sa faute (1). — Mais on peut répondre que l'usufruitier a contracté, par le fait même de la perception des fruits, l'engagement de remplir les obligations attachées à sa jouissance ; que cet engagement n'est plus réel, mais personnel ; qu'il ne saurait dès lors s'en affranchir pour le passé au moyen de la restitution dont il s'agit (2).

A l'égard des grosses réparations (*voy.* 606), elles sont à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien ; auquel cas, les frais sont supportés par l'usufruitier. C'est là une conséquence de la règle de l'art. 1382 : ainsi, lorsqu'il s'agit d'une maison, si la toiture éprouve quelque dommage pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier doit se hâter de la réparer, afin de prévenir la perte plus considérable que pourrait occasionner la filtration ou la chute des eaux. — Si une brèche s'est formée à l'écluse d'une usine, l'usufruitier doit s'empresser d'y remédier, afin d'éviter que le choc des eaux n'entraîne la digue tout entière.

De même que l'usufruitier est tenu des grosses réparations qui sont occasionnées par son fait, de même on doit mettre à la charge du propriétaire, nonobstant le silence de la loi, les réparations d'entretien qui sont occasionnées par le défaut de grosses réparations : la réciprocité le veut ainsi (Proudhon, n° 1672). S'il n'est pas tenu de faire, il doit du moins s'abstenir de ce qui est dommageable. — On s'accorde à décider qu'il ne pourrait se soustraire à cette obligation par l'abandon de la chose, car c'est lui qui doit, il s'agit d'un fait personnel, d'un quasi-délit, dont l'usufruitier demande la réparation (Dur., n° 617).

Mais le propriétaire peut, en abandonnant à l'usufruitier la propriété de la chose, s'affranchir de l'obligation de faire qu'il se serait imposée par le titre constitutif de l'usufruit ; car il ne se trouve lié qu'à raison de ce qu'il possède cette chose (arg. de l'art. 699).

Notre article prévoit uniquement le cas de réparations à faire à des immeubles : mais ne concluons pas de là que l'usufruitier soit dispensé de réparer les meubles sur lesquels est établi son droit ; il doit à la chose tous les soins d'un bon père de famille : or, un propriétaire soigneux ne manque jamais de faire les réparations qui peuvent prolonger la durée de ses biens ou les mettre en état de servir.

L'usufruitier ne peut empêcher le propriétaire de faire les grosses réparations, ni même de rebâtir ce qui est tombé de vétusté ; le propriétaire, de son côté, doit laisser l'usufruitier jouir de ces nouvelles

(1) Zach., p. 18; Proudhon, n°s 2184 et 2192; Dur., n° 623; Delv., p. 155, n° 7.
(2) *Voyez* en ce sens Ducaurroy, art. 605, et Marcadé, p. 549.

constructions, sans pouvoir exiger de lui aucune indemnité, sauf toute convention contraire.

Mais si l'usufruit subsistait sur un bâtiment qu'un incendie, par exemple, aurait détruit, et que le propriétaire aurait ensuite reconstruit, l'usufruitier ne jouirait pas de ce nouveau bâtiment, car la substance ne serait plus celle sur laquelle reposait son droit.

—L'usufruitier est-il tenu des réparations d'entretien qui étaient à faire lors de l'ouverture de son droit? ⋙ La loi ne distingue pas, dit Proudhon (t. 4, nos 1658 et 1659) : l'usufruitier doit, avant tout, jouir en bon père de famille; or, il manquerait à ce devoir s'il ne faisait pas les réparations dont la chose peut avoir besoin au moment de l'entrée en jouissance (arg. de l'article 606, 3e alinéa). — Toutefois, si les dégradations existantes n'étaient pas de telle nature qu'elles dussent nécessiter plus tard de grosses réparations, l'usufruitier n'en serait pas tenu. ⋙ Nous répondrons que l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles se trouvent (600), et qu'il est seulement soumis à l'obligation de les entretenir (1).

L'usufruitier peut-il contraindre le nu-propriétaire à faire les grosses réparations devenues nécessaires pendant la durée de l'usufruit? ⋙ Delvincourt, p. 155, no 10, se prononce pour l'affirmative ; il invoque à l'appui de son opinion le sentiment de Pothier, Douaire, no 246 : L'usufruitier, dit cet auteur, a le droit de jouir ; par conséquent, il doit avoir le moyen de prévenir la perte de la chose ; lui refuser la faculté de contraindre le propriétaire, ce serait le placer à la merci de ce dernier et le mettre dans la nécessité de faire lui-même des travaux que le législateur considère cependant comme charges de la propriété. De même que le nu-propriétaire peut contraindre l'usufruitier à faire les réparations d'entretien, de même l'usufruitier doit avoir la faculté de contraindre le nu-propriétaire à faire les grosses réparations ; une sorte d'indivision existe entre eux. — L'art. 600 déclare, il est vrai, que l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles se trouvent ; mais cet article ne décide rien quant aux réparations devenues nécessaires pendant la durée de l'usufruit (2). ⋙ L'opinion contraire est mieux fondée ; réfutons d'abord l'argument tiré de l'opinion de Pothier. Cet auteur se prononce précisément contre le système professé par Delvincourt; on lit ce qui suit au passage indiqué : « En se mariant, le mari *contracte envers sa femme l'obligation* de lui laisser son douaire après sa mort : cette obligation renferme l'obligation secondaire que le mari contracte également de mettre et maintenir dans l'état voulu les choses sujettes au douaire..... *Il est vrai que le droit d'usufruit n'oblige pas le propriétaire à faire quelque chose.* » — Ainsi, ce n'était pas du droit d'usufruit que naissait l'action accordée à la douairière pour obliger l'héritier du mari à faire les réparations ; *mais de l'obligation personnelle que son mari avait contractée.* — Nos lois actuelles n'admettant pas le douaire, la règle est sans application possible. — Il faut donc chercher dans les principes généraux la solution de cette difficulté : or, ne perdons pas de vue qu'en matière de servitude, c'est la chose qui doit et non la personne ; que l'usufruitier prend les biens dans l'état où ils se trouvent ; que le propriétaire n'est pas tenu de faire jouir, mais seulement de laisser jouir ; qu'il ne s'oblige pas à conserver sa chose ; qu'il est libre, au contraire, de la laisser tomber en ruines, car cette faculté est un des attributs essentiels du droit de propriété ; enfin qu'il ne doit personnellement rien à l'usufruitier : il se libère en livrant la chose pour en jouir dans l'état où elle se

(1) Toullier, t. 3, no 450; Zach., p. 17; Dur., no 621; — Cass., 10 décembre 1828, Dev. Pal.; D. P., 1829, 1, 75.

(2) Delv., t. 1er, p. 524, no 8; Salviat, p. 169; — Trib. de Caen; Dev., 1840, 2, 109; D. P., 1840, 2, 86.

trouve. — Assurément, dit Delvincourt, le propriétaire n'est pas tenu de reconstruire le bâtiment qui tombe en ruine (607) ; mais il résulte de cette expression : *à la charge du.....*, qu'il doit le réparer s'il est encore en état de servir. — Ces décisions nous paraissent contradictoires : nous ne voyons pas pourquoi on lui accorderait, pendant sa jouissance, plus de droits qu'il n'en avait à l'époque de l'ouverture de l'usufruit ; ce serait imposer au propriétaire l'obligation de faire jouir, et, par conséquent, ajouter à la loi. — On invoque l'article 605. Nous nous bornerons à répondre que cet article n'a d'autre but que de limiter les obligations de l'usufruitier : il déclare bien que les grosses réparations sont à la charge du propriétaire, mais il ne dit pas que le propriétaire doit faire ces réparations : les auteurs du Code n'ont réellement dit ni voulu dire autre chose, sinon que l'usufruitier n'en est pas tenu. — D'ailleurs, l'équité ne permet pas que le propriétaire puisse être contraint à prendre sur ses capitaux pour faire des travaux sur un fonds dont il n'aura peut-être jamais la jouissance ; ce serait souvent lui imposer des charges au-dessus de ses moyens, et l'exposer ainsi au danger d'une expropriation.—Au surplus, la difficulté nous paraît tranchée par le passage suivant du rapport au *tribunat :* « Ni le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de réparer ce qui a péri de vétusté ou par cas fortuit; c'est toujours la conséquence du principe que l'usufruitier prend la chose, *en jouit* et la laisse dans l'état où elle se trouve. » (Fenet, p. 223, t. 11) (1).—L'usufruitier n'a donc point d'action contre le propriétaire pour l'obliger à faire, pendant la durée de l'usufruit, des réparations, sauf toutes stipulations contraires : dans ce cas exceptionnel où sa responsabilité résulterait d'une stipulation, comme il s'agirait, en définitive, d'une charge qui pèserait sur l'immeuble, le propriétaire pourrait encore s'en affranchir par l'abandon de ce fonds.

L'usufruitier pourrait-il du moins faire lui-même les *grosses réparations*, sauf à en répéter le montant contre le nu-propriétaire à la fin de l'usufruit ? ∿ Point de question lorsque le propriétaire a donné l'autorisation de faire ces travaux, ou lorsqu'ils ont été faits malgré lui : au 1er cas, l'usufruitier a été simple mandataire; au 2e cas, *donasse videtur.* — Nous supposerons qu'il n'a pas été consulté : tout recours lui est refusé par l'article 599, disent quelques auteurs ; il serait d'ailleurs contradictoire de refuser à l'usufruitier le droit de contraindre le propriétaire à faire les réparations et de lui accorder plus tard une action en remboursement ; ce serait l'obliger indirectement à faire ce qu'on ne pourrait exiger de lui directement : d'ailleurs, on contreviendrait ainsi à la règle de l'article 607. —En faisant ces réparations, l'usufruitier s'est proposé d'augmenter, ou du moins d'assurer sa jouissance ; il a fait les travaux dans son intérêt personnel ; par conséquent, il doit supporter les frais sans recours (2). ∿ Ces arguments ne sont pas sans réplique : autre chose est d'être obligé à faire actuellement les dépenses de réparation, autre chose est de n'être tenu de rembourser ces dépenses qu'à la fin de l'usufruit ; cette dernière obligation est bien moins onéreuse que la première : la disposition de l'article 599 ne peut être invoquée dans l'espèce; pour qu'un ouvrage soit au rang des *améliorations*, il faut, comme le remarque Proudhon, d'abord qu'il ait été entrepris volontairement, ensuite qu'il n'ait point été fait pour entretenir ou pour conserver le fonds : or, les réparations sont plutôt des actes de conservation que des améliorations proprement dites. — D'ailleurs, si ce mot, ainsi que nous croyons l'avoir démontré, ne peut s'entendre même des

(1) Zach., p. 18; Toullier, nos 443 et 444; Marcadé; Dur., nos 615, 616, 620 et 639; Proudhon, nos 1643, 1652 et 1675; Rolland, vo Réparations, no 161, et Usuf., no 426 ; — Colmar, 13 janvier 1831, Pal. Dev., 1831, 2, 180; Douai, 2 décembre 1834, Pal.; Dal., 1835, 2, 29; Caen, 7 novembre 1840, Dev., 1841, 2, 5.

(2) Coulon, Quest. de droit, t. 1er, p. 267 et suiv.; — Cass., 29 juin 1835, D., 1835, 1, 435, Pal.; Bourges, 13 juin 1843, Dev., 1843, 2, 513, notes.

constructions et plantations, bien moins encore peut-on l'appliquer aux grosses réparations, travaux qui étaient commandés par la nécessité, pour prévenir la ruine totale de l'édifice, et qui ne sont point susceptibles d'enlèvement, comme les constructions et les plantations;—loin d'être fondé à se plaindre, le propriétaire doit se féliciter, au contraire, que l'usufruitier, agissant en administrateur éclairé, ne se soit pas renfermé servilement dans les pouvoirs que lui attribuait la loi. — Au surplus, un principe d'équité domine ici : celui qui veut que nul ne s'enrichisse aux dépens d'autrui ; principe qui serait blessé, si l'on admettait que le nu-propriétaire pût profiter des travaux sans participer aux dépenses.

Sur quel pied le remboursement doit-il avoir lieu? Bien qu'en principe le nu-propriétaire soit tenu de rembourser intégralement les impenses dites *nécessaires*, sans égard à la plus-value qu'elles ont produite, le juge ne doit point perdre de vue que l'usufruitier, en définitive, jouit des travaux, qu'il ne doit d'indemnité qu'à la fin de l'usufruit, enfin, qu'il serait arbitraire d'imposer au propriétaire des charges qui peuvent excéder ses ressources : il prendra donc en considération la fortune du nu-propriétaire, la bonne foi de l'usufruitier, l'utilité réelle que les travaux peuvent procurer au propriétaire. — « S'il résulte des circonstances, dit Proudhon, t. 3, nos 1652, 1675 et suivants, que l'usufruitier n'a réparé que dans son intérêt personnel, pour l'exercice de sa jouissance, il n'aura pas d'action en recours ; car cette action, accordée en thèse générale à celui qui a fait de grosses réparations, est fondée sur ce motif, qu'il a rempli les fonctions de *negotiorum gestor* du propriétaire : mais pour pouvoir prendre cette qualité, il faut avoir géré utilement, c'est-à-dire, avoir fait une chose qui devait être utile au maître du fonds et telle qu'il aurait dû la faire lui-même pour soigner convenablement ses intérêts, ce qui ne serait pas dans le cas supposé : » on donne pour exemple le cas où les réparations ont été faites à une grange à peu de distance de laquelle le propriétaire en possède une deuxième sur un terrain non soumis à l'usufruit, et qui est suffisante pour l'exploitation des deux fonds (Marcadé).—Il est bien entendu que l'indemnité ne pourra excéder la plus-value existante au moment de l'extinction du droit : elle sera due sans intérêts, puisque l'usufruitier aura profité des réparations.— Pour assurer l'efficacité de son recours, l'usufruitier doit prudemment signaler au propriétaire, par acte extrajudiciaire, les réparations que réclame l'urgence, et lui déclarer qu'il se propose de les effectuer ; puis, si le propriétaire garde le silence, faire constater, avant de commencer les travaux, l'état des lieux, par des experts que désignera le tribunal, le propriétaire dûment appelé ; une deuxième expertise sera, comme de raison, indispensable à l'époque de l'extinction du droit (1).

606 — Les grosses réparations sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures *entières* (2);

Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier.

Toutes les autres réparations sont d'entretien.

= Notre article détermine d'abord, par voie d'énumération, comme le faisait la coutume de Paris, quelles sont les grosses réparations; puis

(1) Toullier, nos 427 et 444: Proudhon, nos 1444, 1647, 1684, 1685, 1697, 2398 et suiv.; Zach., § 228; Dur., no 618; — Colmar, 13 juin 1831, Pal. Dev. *Voy.* Dev., 1843, 2, 513, notes.

(2) Ce mot n'est relatif qu'aux couvertures : dans tous les cas, les réparations des poutres sont à la charge du propriétaire (coutume de Paris).

enfin il définit, par voie d'exclusion, les réparations d'entretien.

Sont réputées grosses réparations, et demeurent comme telles à la charge du propriétaire :

1° Les réparations des gros murs (1) et celles des voûtes : la loi ne dit pas le rétablissement des murs et voûtes *en entier*, comme pour les couvertures et les murs de soutenement ou de clôture : les réparations, même partielles, des gros murs et des voûtes, sont donc à la charge du propriétaire (2).

2° Le rétablissement des poutres et des couvertures *entières :* toutefois, le mot *entières* ne doit pas être pris à la lettre ; pour que le propriétaire dût supporter les frais de réparation, il suffirait que la presque totalité eût besoin d'être réparée. On classerait sans aucun doute dans cette catégorie le rétablissement de la charpente ou combles d'une maison, et même, suivant les circonstances, celui d'une seule poutre si le bâtiment avait peu de valeur (Proudhon, nos 1634 et suivant).

3° Le rétablissement des murs, des digues et des murs de soutenement et de clôture aussi *en entier*.

Cette énumération est limitative; toutes les réparations qu'elle ne comprend pas sont par conséquent à la charge de l'usufruitier (3).

Toutefois, de ce que la loi se borne à indiquer les grosses réparations par rapport aux constructions, on conclurait à tort que les réparations à faire à tous autres objets qui ne sont pas énumérés dans notre article dussent être considérées comme des réparations d'entretien ; il faut prononcer par analogie : par exemple, il n'est pas douteux que les réparations à faire à la cale ou au pont d'un navire, ou à la cheminée d'une machine à vapeur, seraient à la charge du propriétaire comme grosses réparations (4).

Il est bien entendu que ces règles pourraient être modifiées par des conventions particulières; car elles ne touchent point à l'ordre public; la loi ne prétend gêner en rien la liberté des conventions.

— Doit-on comprendre dans les grosses réparations celles qui sont à faire aux cloisons, soit qu'elles règnent de fond en comble, soit qu'elles séparent uniquement les appartements et portent les planchers? — Le code met sans distinction les murs de soutenement au nombre des grosses réparations, que ces murs soient en pierre ou en bois : mais il faut bien distinguer les murs d'entrefend des simples cloisons (Toullier, p. 284, note ; *voy.* cep. Proudhon, n° 1628).

607 — Ni le propriétaire, ni l'usufruitier, ne sont tenus de

(1) On entend ici par *gros murs*, tous les murs, soit de pourtour, soit de refend, destinés à supporter la charpente, les poutres, plafonds ou terrasses.

(2) Il paraît extraordinaire, toutefois, que les réparations *partielles* des gros murs et des voûtes soient à la charge du propriétaire, quand le rétablissement des digues et des murs de soutenement et de clôture n'est considéré comme grosse réparation qu'autant qu'il est total.

(3) Proudhon, n° 1641; Salviat, t. 1er, art. 60.

(4) Dumoulin, art. 38 cout. de Normandie, art. 262 cout. de Paris; Proudhon, t. 14, nos 1625 et suiv.

rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit (1).

= Fixons-nous d'abord sur la signification du mot *rebâtir* : si ce mot devait s'entendre d'une perte totale, notre article serait complétement inutile ; car il va de soi que l'usufruit s'éteint lorsque la chose cesse d'exister (624). Il faut donc supposer que le législateur a voulu parler des réparations ; cela posé, nous distinguerons :

Lorsqu'il s'agit de grosses réparations, de travaux qui sont à la charge du propriétaire, aucune difficulté ne se présente ; le besoin de grosses réparations ne peut résulter que de l'une des causes suivantes : cas fortuit, vétusté, faute de l'usufruitier, fait du propriétaire. — Dans les deux premiers cas, il est évident que le propriétaire ne peut être tenu de réparer, puisqu'il n'a point contracté l'obligation de faire jouir. D'ailleurs, l'usufruit est une servitude ; or, les servitudes ne peuvent consister à faire ; décider autrement (2), ce serait confondre sa position avec celle du bailleur.—Dans le troisième, les réparations sont imposées à l'usufruitier;—dans le quatrième, elles sont à la charge du propriétaire: si la chose avait péri par défaut de réparations, elle devrait être rétablie pour que l'usufruit pût être exercé.

Voyons quelle est la position de l'usufruitier ; une véritable antinomie semble exister ici entre l'article 605 et l'article 607 : en effet, la loi déclare, art. 605, que l'usufruitier est tenu des réparations d'entretien ; l'article 607 modifie cette disposition, en le dispensant de faire rebâtir ce qui a été détruit par cas fortuit (par exemple, par incendie, par une inondation), ou ce qui est tombé de vétusté, c'est-à-dire, par le long service de la chose (3) : or, à moins de supposer que les dégradations proviennent de sa faute ou de sa négligence (hypothèse que ne prévoit pas et que ne devait pas prévoir notre article, car elle rentrerait dans le cas de l'article 1383), il aura toujours la facilité de se soustraire aux poursuites dirigées contre lui, les dégradations ne pouvant résulter alors que de l'une de ces deux causes ; en sorte que sa responsabilité deviendra illusoire. Quelle a donc été la pensée du législateur ?

Premier système. — Il faut distinguer les dégradations naturelles produites par la jouissance, de celles qui résultent de la vétusté, c'est-à-dire, qui sont produites successivement et insensiblement par le temps,

(1) Copié dans la loi 7, § 2 *de usufructu*. Cette loi n'était que le point de départ du jurisconsulte : il posait en principe que l'usufruitier n'était pas tenu de rebâtir; qu'on ne pouvait même l'obliger à faire de grosses réparations ; mais que les réparations d'entretien étaient à sa charge. Il y avait donc parfaite harmonie entre ces décisions graduées : malheureusement Ulpien ne s'est pas borné à parler de l'usufruitier : dans une autre partie du texte, il mentionne tout à la fois l'usufruitier et le propriétaire : *si quæ tamen vetustate corruissent* NEUTRUM, *cogi reficere* ; de là toute la difficulté. Les auteurs du Code ont reproduit ce passage sans chercher à s'en rendre compte ; son esprit se retrouve dans les articles 605 et 606, ce qui rend à peu près inutile l'article 607. Toutefois, on a cherché à lui donner un sens.

(2) Toullier, t. 3, nº 443; Proudhon, t. 4, nº 1675; Dur., t. 4, nº 615, et Zach., t. 2, p. 18, relèvent cette erreur de Delvincourt, l. 2, t. 3, sect. 2.

(3) *Voyez* Toullier, nos 444 et 445.

et qui peuvent remonter, dès lors, à une époque antérieure à l'ouverture du droit : l'usufruitier est tenu des premières, lors même qu'on ne lui impute aucune faute ; mais les secondes ne sont pas à sa charge ; par suite, la cour de cassation a jugé qu'on ne peut obliger l'usufruitier à réparer les planches qui tombaient déjà de vétusté lors de l'ouverture de son droit (1).

Deuxième système.—Il faut entendre l'article 607 en ce sens, que l'usufruitier est tenu de toutes les réparations d'entretien en général, même de celles qui sont occasionnées par vétusté ou par force majeure, à moins que la chose n'ait été détruite en totalité par l'une de ces deux causes, ou que les réparations à faire ne soient tellement considérables, que les frais excéderaient la valeur de ce qui est encore en état de servir : le propriétaire aurait fait ces reconstructions ; l'usufruitier en est donc tenu, puisqu'il jouit comme le propriétaire : c'est là une *modica refectio* dans le sens du droit romain, une réparation d'entretien proprement dite. — Au surplus, le mot *rebâti*, joint au mot *tombé*, indique suffisamment le cas d'une dégradation presque totale (2).

Ce système nous semble préférable, car il pose du moins une base à l'appréciation du juge, tandis que le premier n'en présente aucune. Toutes choses, en effet, indépendamment des dégradations, résultats nécessaires de l'usage, subissent les ravages du temps ; comment reconnaître celles qui sont dues à une cause ou à l'autre ? N'est-ce point là se jeter aveuglément dans l'arbitraire?

Obligations de l'usufruitier en ce qui touche les charges inhérentes au fonds.

608 — L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions et autres qui dans l'usage sont censées charges des fruits (3).

= En principe, toutes les charges assises sur les revenus et sur les fruits doivent être acquittées par l'usufruitier sans aucune répétition contre le propriétaire.

Remarquons cette expression : *est tenu.* Il y a donc obligation personnelle, contractée par cela seul que les fruits ont été perçus, et non pas seulement charge réelle ; dès lors, le créancier pourrait saisir non-seulement le droit d'usufruit, mais encore les biens personnels de l'usufruitier.

(1) Zach., p. 17; Toullier, nos 429 et suiv.; — Cass., 10 décembre 1828. — M. Ducaurroy fait observer avec raison que la cour de cassation s'est appuyée à tort, dans l'espèce, sur l'art. 607 ; elle devait se décider d'après la règle que l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles se trouvent.

(2) Dur., no 620; Proudhon, t. 4, no 1665.

(3) Mieux vaudrait dire : charges de la jouissance, car ces charges seraient dues par l'usufruitier, quand même il n'aurait perçu aucun fruit.

Au nombre des charges annuelles usufructuaires, la loi place les contributions, et, par conséquent, les centimes additionnels perçus pour de grands travaux d'utilité générale sur des départements ou sur des arrondissements (Proudhon, n° 1874). — C'est donc l'usufruitier qui est débiteur envers l'État; par conséquent, c'est son nom que l'on doit porter sur les rôles (1).

Comme l'article 608 n'est qu'une disposition de droit privé, les parties sont libres d'y déroger.

L'usufruitier à titre particulier est tenu des charges annuelles, de même que l'usufruitier universel ou à titre universel; mais nous verrons, dans les articles suivants, que ces derniers doivent de plus contribuer aux dettes.

Selon nos principes (*voy.* art. 604), l'usufruitier (sous les distinctions établies toutefois par l'art. 1005 en ce qui touche le légataire universel) ne supporte ces charges qu'à partir de la délivrance; jusqu'alors, elles pèsent sur les détenteurs des biens (2).

609 — A l'égard des charges qui peuvent être imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier et le propriétaire y contribuent ainsi qu'il suit :

Le propriétaire est obligé de les payer, et l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts.

Si elles sont avancées par l'usufruitier, il a la répétion du capital à la fin de l'usufruit.

= L'usufruitier, ainsi que cela résulte de l'article précédent, doit acquitter les charges annuelles et périodiques qui pèsent sur les fruits.

A l'égard des charges accidentelles et extraordinaires imposées sur la propriété (c'est-à-dire sur la pleine propriété) pendant la durée de l'usufruit, ce qui peut avoir lieu, par exemple, quand un impôt de guerre ou un emprunt forcé vient à être ordonné, quand une ordonnance de police sur la voirie prescrit la reconstruction d'un mur ou d'un pont qui menace ruine; ces charges, frappant alors tout à la fois sur le fonds et sur la jouissance, doivent être supportées par le propriétaire pour le capital, et par l'usufruitier pour les intérêts, ainsi qu'il suit :

Trois combinaisons peuvent se présenter : le montant des charges est acquitté par le propriétaire; il est acquitté par l'usufruitier; il n'est acquitté ni par l'un ni par l'autre.

(1) Il en est autrement lorsque le fonds est seulement loué ou affermé : les impôts sont alors dus par le propriétaire; c'est à lui, en conséquence, que l'acquit doit être donné.

(2) Proudhon, nos 2184 et 2192; Zach., p. 19, décident que, même après la délivrance, les successeurs universels ou à titre universel restent tenus, comme représentants du défunt, des charges dont il s'agit, sauf leur recours contre l'usufruitier à titre particulier. Il nous semble bien difficile d'admettre ce système, puisque c'est le nom de l'usufruitier qui est porté sur le rôle des contributions. Au surplus, ce n'est point ici le lieu d'examiner la théorie sur laquelle ils se fondent : nous y reviendrons au titre des donations.

Au premier cas, l'usufruitier devient débiteur des intérêts du capital déboursé. — Si le propriétaire refusait de payer, on pourrait faire vendre une partie de l'immeuble (arg. de l'art. 612), de telle sorte que l'usufruitier se trouverait privé de la jouissance de la partie vendue : il doit donc payer des intérêts, puisque ces intérêts sont la compensation de la jouissance qu'il conserve.

Les impôts extraordinaires sur la propriété du fonds placent l'usufruitier et le nu-propriétaire dans la même position que si le besoin de grosses réparations s'était manifesté : si elles n'étaient pas faites, le fonds dépérirait, et l'usufruitier perdrait d'autant son droit.

Au deuxième cas, la somme avancée par l'usufruitier est considérée comme prêtée au nu-propriétaire, pour toute la durée de l'usufruit ; en conséquence, lors de l'extinction de son droit, il pourra exiger le remboursement de cette somme ; mais sans intérêts, car ils se sont compensés avec les fruits qu'il a perçus.

Du reste, ne perdons pas de vue que le propriétaire est ici le débiteur direct, ainsi que l'indiquent ces mots : *le propriétaire est obligé de les payer*. Concluons de là :

1° Que c'est son nom qui doit être porté sur les rôles de répartition ;

2° Que le payement, de la part de l'usufruitier, est purement facultatif ;

3° Que si l'usufruitier n'avait pas payé en vue d'avancer la somme pour toute la durée de l'usufruit, mais seulement, par exemple, afin d'éviter la saisie des fruits, l'action *negotiorum gestorum* lui serait immédiatement ouverte contre le propriétaire, à charge de servir annuellement les intérêts de la somme qu'il se serait fait rembourser : il s'agit d'une question d'intention.

L'art. 612, qui règle le mode de contribution aux dettes de la succession, est fondé, comme nous le verrons, sur les mêmes principes.

Au troisième cas, c'est-à-dire, si les charges imposées ne sont acquittées ni par le propriétaire ni par l'usufruitier, l'État fait vendre une partie du domaine, et alors on arrive au même résultat : le propriétaire perd une partie de son capital ; l'usufruitier perd une partie des fruits.

Notre article ne statue, il faut le remarquer, que sur les charges imposées *pendant la durée de l'usufruit :* le propriétaire supporte celles qui remontent à une époque antérieure, sans répétition pour les intérêts contre l'usufruitier ; car, en principe, l'impôt est toujours à la charge de celui qui a le *dominium* au moment où il est établi (Proudhon, n° 1681).

Le nu-propriétaire supporte également, sans répétition d'intérêts contre l'usufruitier, le droit de mutation qu'il a payé lors de l'ouverture ou pendant la durée de l'usufruit : la raison est que ce dernier, de son côté, doit payer un droit de mutation pour le droit qu'on lui a conféré.

Si l'usufruitier, poursuivi par la régie, a été obligé de payer pour le nu-

propriétaire, il peut exercer immédiatement un recours contre ce dernier en remboursement de ses avances (1).

Il faut appliquer aux charges qui ont été spécialement imposées à la propriété, par acte émané du déposant, les règles que notre article établit sur celles qui sont créées par l'autorité publique (Proudhon, nº 1816) ; il y a même raison : chacun peut disposer de ses biens sous les conditions qu'il juge convenables, pourvu qu'elles ne soient contraires ni aux lois ni aux mœurs. (*Voy.* art. 612.)

Dans quels cas et de quelle manière l'usufruitier doit contribuer aux dettes de la succession du constituant (2).

Pour saisir l'esprit des articles que nous allons examiner, il faut savoir que l'on distingue trois sortes de legs : *le legs particulier*, *le legs universel* et *le legs à titre universel*.—Le *legs particulier* a pour objet une chose déterminée ; — le *legs universel* donne au légataire un droit éventuel à l'universalité des biens; — le *legs à titre universel* consiste en une quote-part des biens dont on peut disposer, telle qu'une moitié, un tiers, un quart ; tous les immeubles ou tous les meubles, ou une quotité seulement des immeubles ou des meubles.

Le légataire particulier n'est tenu ni des dettes ni des charges de la succession; le légataire universel doit les acquitter intégralement, s'il est seul, et *pro modo emolumenti*, s'il est en concours avec des héritiers; le légataire à titre universel ne peut être soumis aux dettes qu'en proportion de la quotité de biens qu'il est appelé à recueillir (*voy.* art. 871, 1003, 1009, 1010, 1012 et 1013 C. civ.).—Telles sont les règles générales en matière de legs de la pleine propriété.

Par imitation, la loi distingue trois sortes d'usufruitiers : l'usufruitier à titre particulier, l'usufruitier universel et l'usufruitier à titre universel ; elle fait à chacun d'eux, relativement à l'acquittement des dettes et charges de la succession du constituant, l'application des règles que nous venons d'exposer.

Rigoureusement parlant, l'usufruitier ne peut être considéré ni comme légataire universel, ni comme légataire à titre universel : comme légataire universel, car la loi ne déclare tels que ceux qui ont un droit éventuel à l'universalité de la masse héréditaire (1003) ; or, ce droit n'appartient pas à l'usufruitier, puisqu'il ne peut prétendre qu'aux fruits. — Comme légataire à titre universel, car l'art. 1010 ne comprend pas le legs d'usufruit dans son énumération restrictive: le legs d'usufruit, quel que soit le mode auquel il est soumis, est donc à titre

(1) Merlin, Quest., Enreg., § 20; Salviat, p. 224; Rigaud et Championnière, t. 4, nº 3882; Zach., p. 20; Proudhon, t. 4, nos 1874 et suiv.; loi du 22 frimaire an VII, art. 14, § 11, et art. 15, § 6 et 7; — Cass., 9 juin 1813, Dev. Pal.; Douai, 18 novembre 1854, Dev., 1855, 2, 29, Pal.

(2) On désigne sous la dénomination de *charges*, les obligations qui n'ont jamais été dues par le défunt, qui pèsent seulement sur la succession; tels que les frais funéraires, les legs particuliers, etc. — Les charges diffèrent donc essentiellement des dettes.

particulier. — Mais alors une question s'élève : le légataire particulier n'étant pas tenu des dettes (1024), comment se fait-il qu'on oblige l'usufruitier universel, ou à titre universel, à servir les intérêts ? Le législateur a considéré qu'un bon père de famille paye les intérêts des dettes qu'il a contractées, non avec son capital, mais avec les fruits qui en proviennent; or, l'usufruitier profitant des fruits, il est juste de lui faire supporter les charges usufructuaires : *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.* — Quant à l'usufruitier à titre particulier, nous le répétons, il ne doit pas d'intérêts.

611 — L'usufruitier à titre particulier n'est pas tenu des dettes (1) auxquelles le fonds est hypothéqué : s'il est forcé de les payer, il a son recours contre le propriétaire (2), sauf ce qui est dit à l'article 1020, au titre *des Donations entre-vifs et des Testaments.*

= Le légataire à titre particulier n'étant pas tenu des dettes et charges de la succession (871), l'usufruitier à titre particulier est dispensé de servir les intérêts.

Si le fonds dont on a légué l'usufruit est grevé d'hypothèque, le légataire, poursuivi hypothécairement par le créancier, a le choix, ou de délaisser l'usufruit, ou de payer la dette (871, 2168 et 2169).—Dans l'un et l'autre cas, il est subrogé aux droits du créancier, non pas seulement, comme dit le Code, contre le nu-propriétaire, mais en outre contre l'héritier débiteur dont l'affaire a été faite par ce payement, bien qu'il ne soit point propriétaire du fonds (874-1251) (3).

Observons que ce recours n'est accordé contre le propriétaire et contre l'héritier qu'en proportion de l'avantage que chacun d'eux a retiré du payement : sous ce rapport, leur position n'est pas semblable : l'un est seulement obligé pour le capital, car il ne pouvait perdre, en cas de saisie, que la nue propriété ; l'autre doit de plus les intérêts pour tout le temps qui a pu s'écouler depuis le jour du payement, car il représente le défunt, et se trouve, à ce titre, personnellement tenu de toutes les dettes de la succession; or, l'usufruitier est subrogé, par l'effet de la loi, aux droits du créancier qu'il a désintéressé (2178, 874, 1251, 3°); en effectuant ce remboursement, il a fait l'affaire de l'héritier débiteur pour le tout, tandis qu'il n'a fait celle du nu-propriétaire que pour le capital. — Ainsi, l'usufruitier peut ou poursuivre immédiatement l'héritier débiteur pour la totalité de sa créance, capital et intérêts, ou se borner à lui demander les intérêts et poursuivre le nu-propriétaire pour le capital; sauf ensuite le recours qui sera réservé à ce dernier contre l'héritier.

(1) Rédaction vicieuse : il va de soi que le légataire particulier en usufruit n'est pas tenu des dettes. Dans nos trois articles il s'agit de l'*intérêt* des dettes.

(2) Il a en outre un recours contre l'héritier débiteur.

(3) Proudhon, n° 1907; — Cass., 8 janvier 1843, Pal., 1844, 1, 695; Rouen, 19 janvier 1842, Pal., 1842, 1, 591.

Ces règles s'appliquent, sous certaines modifications toutefois, au cas où l'usufruitier d'une quote-part de l'universalité, ou même de l'universalité des biens formant la quotité disponible, a payé une dette qui grevait hypothécairement un immeuble soumis à son droit ; la voie du recours lui est ouverte, savoir : contre le nu-propriétaire de cet immeuble pour le capital : contre ceux qui ont recueilli comme lui l'usufruit d'une partie des biens compris dans la quotité disponible, pour une part proportionnelle des intérêts (1009 et 1012) ; contre les héritiers, pour le capital et pour les intérêts proportionnellement à la quotité de biens qu'ils ont été appelés à recueillir (612).

Après avoir posé ces deux propositions, savoir: que l'usufruitier à titre particulier n'est pas tenu des dettes, et qu'il a un recours contre les héritiers ou autres successeurs universels, s'il acquitte celles à la sûreté desquelles l'immeuble dont on lui a légué l'usufruit était affecté, notre article ajoute : *sauf ce qui est dit à l'article* 1020 ; ce qui semblerait indiquer une règle modificative : mais il n'en est rien ; ce n'est là qu'un vice de rédaction. « Celui qui doit acquitter le legs, porte l'article 1020, n'est point tenu de le dégager, *à moins qu'il* n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur. » Or, le légataire de l'usufruit à titre particulier est, sous ce rapport, dans la même position que le légataire de la pleine propriété.

Au résumé, le légataire d'un usufruit à titre particulier n'est pas tenu de l'intérêt des dettes de la succession, même de celles auxquelles le bien est affecté ; s'il paye ces dettes pour conserver sa jouissance, il a un recours contre l'héritier pour le capital et pour les intérêts, et contre le nu-propriétaire de l'immeuble pour les intérêts seulement ; mais il ne peut contraindre le débiteur à dégager l'immeuble, à moins que ce droit ne lui ait été formellement conféré par le testateur. Tel est le sens de la loi.

Bien que les légataires particuliers en usufruit ne soient pas tenus de contribuer aux dettes avec l'héritier ou le légataire universel ou à titre universel, on tient pour certain qu'ils doivent subir un retranchement proportionnel jusqu'à l'acquittement complet des dettes (1024), lorsque les biens non légués, ou légués à titre universel ou par disposition universelle, ont été épuisés. La réduction porte simultanément sur la nue propriété de la chose et sur l'usufruit de cette chose, à moins que le testateur n'ait manifesté, en faveur des légataires de l'usufruit, une préférence qui les affranchisse de toute réduction : alors il y a lieu à contribution ; elle s'opère non d'après l'âge de l'usufruitier et la durée probable de la survivance, mais suivant les règles des articles 609 et 612 Code civ. (1).

— L'usufruitier à titre particulier d'un héritage grevé d'une rente créée pour prix d'un immeuble précédemment vendu ou cédé, est-il tenu des arrérages de cette rente? ✓ Lors de la discussion de l'article 607, devenu l'article 611, cette question a été formellement posée par M. Jolivet. MM. Treilhard et Tronchet ont

(1) Cass., 8 février 1843, Dev., 1843, 1, 267; D. P., 43, 1, 102; Pal., 1844, 1, 695.

répondu qu'une semblable rente devait être nécessairement considérée comme une charge usufructuaire de l'immeuble qu'elle affectait; en conséquence, Proudhon, t. 4, nos 1834 et suiv., pose cette solution comme une règle de droit. — Zach., § 228, admet ce système pour les rentes créées avant la loi du 11 brumaire an VII. — Duranton, n° 624 *bis*, t. 4, décide, avec raison selon nous, que l'usufruitier n'est tenu dans aucun cas du service de la rente, à moins de stipulation contraire. — Le doute ne peut même s'élever à l'égard des rentes créées depuis la loi de l'an VII, car il n'y a plus de rentes foncières proprement dites : si l'immeuble est affecté, ce n'est pas d'un droit de rente, mais simplement du privilége du vendeur (encore s'il a été conservé) (2106). L'usufruitier a reçu son droit sur l'immeuble sous ces seules affectations, comme il aurait reçu un usufruit sur tout autre immeuble hypothéqué ; or, l'usufruitier à titre particulier n'est point tenu des dettes à la sûreté desquelles le fonds est affecté ; s'il est forcé de les payer pour éviter l'expropriation, il a un recours contre le nu-propriétaire (611). — Quant aux anciennes rentes foncières qui ne se trouvaient point éteintes lors de l'ouverture du droit d'usufruit, rappelons-nous qu'elles ont perdu leur caractère de rentes foncières, de démembrements de la propriété : d'abord par l'effet de la loi des 18-29 décembre 1790, qui les a déclarées rachetables; puis par la loi du 11 brumaire an VII, qui les a mobilisées, en déclarant qu'elles ne seraient plus à l'avenir susceptibles d'hypothèques : — puisque ces rentes ne constituent plus aujourd'hui des charges inhérentes au fonds, mais de simples créances, il est clair que l'usufruitier n'en doit pas l'intérêt (*voyez* nos observations sur les articles 529 et 530) (1). — Les décisions du conseil d'État ne sont pas des règles de droit ; il n'y a de loi que ce qui a été décrété par le corps législatif; or, les orateurs ont gardé un silence absolu sur le point dont il s'agit.

612. — L'usufruitier ou universel, ou à titre universel, doit contribuer avec le propriétaire au payement des dettes (2), ainsi qu'il suit :

On estime la valeur du fonds (3) sujet à usufruit; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur.

Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit, sans aucun intérêt.

Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix, ou de payer cette somme, et, dans ce cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit.

= On distingue, en droit, *l'obligation* et la *contribution* aux dettes (*voy.* art. 870 et suiv., 1009-1012 et suiv.).

(1) Toullier, t. 3, n° 432; Grenier, Don., t. 1er, n° 315; Dur., t. 4. n° 631; — Bruxelles, 9 décembre 1812, Dev. Pal.; Rouen, 12 janvier 1842, Dev., 1842, 2, 137; D. P. 42, 2, 118.

(2) Lisez : de l'*intérêt des dettes*.

(3) Rédaction incomplète : l'usufruitier universel ou à titre universel peut comprendre plusieurs immeubles, des meubles, des capitaux, etc.

L'obligation aux dettes est le lien de droit établi entre les créanciers, d'une part, et les héritiers ou autres, qui viennent, par l'effet d'une disposition testamentaire, recueillir l'universalité ou une quote-part de l'universalité des biens.

La contribution aux dettes consiste dans une répartition proportionnelle des charges et des dettes entre les héritiers et les successeurs universels ou à titre universel.—Cette opération est donc étrangère aux créanciers de la succession (*voy.* art. 870 et suiv., 1009-1012 et suiv.).

Cela posé, il est clair que les créanciers qui veulent obtenir le remboursement du capital de leur créance doivent diriger leurs poursuites contre les héritiers, ou contre ceux qui ont recueilli une quote-part des biens en propriété, sauf ensuite le recours de ces derniers contre le légataire de l'usufruit universel ou à titre universel, à raison de la part pour laquelle il doit contribuer à ce payement.

Notre article détermine ici ce mode de contribution ; il reproduit les règles déjà établies par l'article 609 relativement aux charges.

Trois cas peuvent se présenter : vente des biens, remboursement fait par le propriétaire, remboursement fait par l'usufruitier.

Si le bien est vendu, tout est fini ; la propriété et l'usufruit se trouvent anéantis.

Si le propriétaire paye la dette, l'usufruitier lui doit compte de l'intérêt de ses avances, soit en totalité, soit pour une part proportionnelle, suivant que l'usufruit est universel ou à titre universel.

Si l'usufruitier fait cette avance, il pourra exiger, à la fin de l'usufruit, le remboursement de son capital, mais sans intérêts, car ils se sont compensés avec les fruits.

Aucune difficulté ne peut s'élever sur ce règlement lorsque l'usufruit est universel ou d'une quote-part déterminée des biens, tels que la moitié, le tiers, le quart.

Supposons une succession immobilière de 80,000 fr., dont le passif s'élève à 30,000 fr. : si le testateur a légué l'usufruit de moitié de ses immeubles, l'usufruitier contribuera au payement des 15,000 fr. formant la moitié de la dette, par les moyens ci-dessus indiqués, savoir : avance volontaire faite par l'usufruitier, mais sans intérêt; autrement, et au choix du propriétaire, vente d'une portion des biens soumis à l'usufruit, ou payement fait par lui avec service des intérêts par l'usufruitier (1). Dans ce dernier cas, l'usufruitier doit l'intérêt à compter du jour du payement (2), sans distinction des sommes qui en produisaient de plein droit, ou par suite de stipulations, de celles qui n'en produisaient point : l'usufruitier doit la conser-

(1) Dur., nos 636 bis et 637; Proudhon, Usuf., no 1894; Toullier, nos 432; Salviat, Usuf, t. 1er, p. 204; — Bordeaux, 12 mars 1840, Dev., 1840, 2, 297; D. P., 40, 2, 140; Bordeaux, 1er mars 1838, Dev., 1838, 2, 256; D. P., 1838, 2, 143; Pal., 1840, 2, 22.

(2) Nous ne disons pas seulement du jour où il a fait des profits ; car les fruits civils se comptant jour par jour (586), il peut arriver que l'usufruitier soit tenu de payer des intérêts sans avoir encore perçu aucuns fruits.

vation de sa jouissance qu'à cette circonstance, que le nu-propriétaire a remboursé la dette pour empêcher la vente des biens ; l'équité veut qu'il tienne compte à ce dernier de l'intérêt de ses avances. Peu importe qu'il ait payé sans consulter l'usufruitier et sans le mettre à même de faire l'option dont parle l'article 612 : la règle : *Bona non dicuntur nisi deducto ære alieno*, est applicable ici (1).

Mais *quid* si l'usufruit légué comprend tous les meubles, tous les immeubles, ou une quotité soit des meubles, soit des immeubles? La contribution s'opère en estimant non pas seulement, comme dit notre article, les biens sujets à usufruit, mais tout le patrimoine, pour fixer, eu égard à la valeur comparative des biens sujets à usufruit, la part proportionnelle que l'usufruitier doit supporter dans les dettes.

L'usufruitier qui a fait l'avance des sommes nécessaires pour éteindre la dette est de plein droit subrogé, pour s'en prévaloir à la fin de l'usufruit (art. 874 et 1252), dans les actions, priviléges et hypothèques du créancier qu'il a remboursé ; mais, nous le répétons, sans intérêts (Proudhon, nos 1907 et suiv.).

Rappelons, en terminant, que l'acquéreur à titre onéreux n'est point tenu de l'intérêt des dettes de son vendeur ; cette obligation ne pèse que sur l'acquéreur à titre gratuit, sauf l'effet des stipulations particulières.

Le mode de contribution établi par cet article s'applique non-seulement aux dettes, mais encore aux charges de la succession, tels que les frais dont il est parlé dans les articles 810 et 1016, les frais funéraires, les legs particuliers, etc. (Proudhon, nos 1898 et 1899; Dur, no 635).

Les créanciers de la succession auraient-ils une action *directe* contre les légataires de l'usufruit universel ou à titre universel en payement des intérêts échus depuis l'ouverture de la succession? On peut argumenter pour la négative des articles 612 et 610 : le premier déclare que l'usufruitier *contribue* pour les intérêts au payement des dettes; il garde le silence sur l'obligation. — Le deuxième ne confère d'action directe contre lui que pour le service des rentes ou pensions. — Quoi qu'il en soit, comme les fruits, produit du gage commun des créanciers, sont perçus par l'usufruitier à partir de l'ouverture de son droit, il paraît juste de le soumettre au payement des intérêts à dater de la même époque; sa position ne sera pas plus onéreuse qu'elle ne le serait si l'on faisait vendre les biens pour acquitter la dette ; d'ailleurs, les intérêts, en définitive, représentent les fruits. Quant à l'article 610, nous verrons qu'il n'est pas limitatif.

610 — Le legs fait par un testateur, d'une rente viagère (2) ou pension alimentaire, doit être acquitté par le légataire uni-

(1 Riom, 12 février 1830; Toulouse, 9 septembre 1853, Dev., 1854, 2, 362; — Bordeaux, 12 mars 1840, Dev., 1840, 2, 297; D. P., 40, 2, 140.

(2) L'article 610 est critiqué sous trois principaux rapports :

1o Les expressions *légataire universel ou à titre universel* de l'usufruit sont inexactes, car

versel de l'usufruit dans son intégrité, et par le légataire à titre universel de l'usufruit dans la proportion de sa jouissance, sans aucune répétition de leur part.

= Le législateur a cru devoir s'expliquer formellement sur les rentes viagères, sans doute parce qu'il est de l'essence de ces sortes de droits de produire, à la différence des rentes perpétuelles, des arrérages supérieurs au taux légal de l'intérêt (comp. 1907 et 1976); or, comme l'excédant représente une partie du capital (suivant la théorie que nous aurons plus tard occasion d'exposer), on aurait pu prétendre que le nu-propriétaire en était tenu pour cette quotité. Il importait de prévenir les doutes : l'usufruitier aurait gagné les arrérages des rentes viagères actives; il doit y avoir réciprocité ; l'art. 610 est la contre-partie de l'art. 588 :

Ainsi, les rentes doivent être servies en totalité par le légataire de l'usufruit universel, s'il est seul légataire, et par le légataire de l'usufruit à titre universel, proportionnellement à la part dont il jouit dans l'actif, sans que le nu-propriétaire puisse être exposé à aucune répétition : si le legs de l'usufruit à titre universel porte sur le tiers, le quart ou la moitié des biens, le légataire acquittera donc le tiers, le quart ou la moitié de la pension ou de la rente.

Lorsque l'usufruit, au lieu de comprendre tout ou partie de la masse active disponible, n'est établi que sur les meubles ou sur les immeubles, on ne peut connaître la part pour laquelle l'usufruitier doit contribuer au service de la rente, qu'au moyen d'une ventilation faite suivant les règles de l'art. 612 : mais cette estimation n'est que bien rarement nécessaire ; car, presque toujours, le constituant prend soin de fixer lui-même les charges qu'il entend faire peser sur l'usufruitier.

Le légataire de la rente viagère ou de la pension alimentaire a une action directe non-seulement contre le légataire universel en usufruit et contre le légataire à titre universel, mais encore contre l'héritier; car c'est toujours ce dernier qui représente le défunt, et qui est spécialement tenu d'exécuter sa volonté, sauf ensuite son recours contre l'usufruitier (Dur., nos 636 et suiv.).

Notre article suppose que l'usufruit est constitué par testament : nul doute qu'il y aurait lieu à l'application des mêmes règles, s'il résultait

la constitution d'usufruit est toujours à titre particulier; seulement, l'usufruit peut comprendre l'universalité ou une quote-part de l'universalité des biens.

2° Ce n'est pas seulement sur le légataire que pèse le service de la rente, mais encore sur toute personne qui acquiert l'usufruit à un titre quelconque : *testament*, *donation* ou *succession*, dans le cas des articles 753 et 754.

3° Il n'est question, dans notre article, que des rentes viagères; la même règle s'applique, ainsi que nous l'avons dit, aux rentes constituées.

Il faut donc entendre l'article 610 comme s'il était ainsi conçu : « Celui qui acquiert à titre gratuit un usufruit universel ou à titre universel est tenu d'acquitter en proportion de sa jouissance, et sans aucune répétition, les pensions alimentaires et les arrérages des rentes perpétuelles ou viagères qui frappent sur le patrimoine. »

d'un partage de succession (dans le cas prévu par les articles 753 et 754), ou d'une donation entre-vifs ; par exemple, si j'ai donné la moitié, le tiers, le quart de mes biens en usufruit, tous mes meubles ou tous mes immeubles, nul doute que l'usufruitier sera tenu proportionnellement de la rente viagère et des autres charges héréditaires : il s'agit dans notre article de tout acquéreur à titre gratuit de l'usufruit soit universel, soit à titre universel.

Que faut-il décider à l'égard des rentes que le constituant n'a pas créées, mais dont il était lui-même tenu ? — Le législateur n'avait point à s'en occuper ici ; car il ne parle *du legs* d'une rente viagère ou d'une pension alimentaire que d'une manière énonciative. Ce sont là des dettes de la succession : appliquez l'article 612 (1).

Usufruit sur des animaux.

La responsabilité de l'usufruitier ne s'étend pas aux cas fortuits : si les dégradations sont telles, que la substance de la chose ait changé, il se libère en restituant ce qui reste.

La loi fait l'application de cette règle au cas d'usufruit établi sur des animaux ; elle distingue il s'agit de corps certains et déterminés (615), ou il s'agit d'un troupeau (616).

On entend par *troupeau* une universalité d'animaux destinée à se perpétuer par elle-même.

615 — Si l'usufruit n'est établi que sur un animal qui vient à périr sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est pas tenu d'en rendre un autre, ni d'en payer l'estimation.

= L'usufruit peut être établi sur toutes sortes d'animaux qui peuvent être à l'homme de quelque utilité : l'usufruitier profite de tous les avantages qu'ils procurent.

Toutefois, s'ils viennent à périr, la loi distingue : lorsque l'usufruit n'est établi que sur un ou plusieurs animaux, considérés individuellement, sans qu'il y ait de troupeau, chaque animal est l'objet d'un usufruit spécial ; à mesure qu'ils périssent, le droit s'éteint. L'usufruitier doit seulement rendre compte des cuirs ou de la valeur des cuirs (ou plutôt des peaux), s'il en a profité (616). Lorsque cette perte lui est imputable, il est passible de dommages-intérêts.

L'usufruit est établi sur un troupeau ; passons au cas où les règles ne sont plus les mêmes (*voyez* l'article suivant).

616 — Si le troupeau sur lequel un usufruit a été établi périt entièrement par accident ou par maladie, et sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est tenu envers le propriétaire que de lui rendre compte des cuirs ou de leur valeur.

Si le troupeau ne périt pas entièrement, l'usufruitier est

(1) Dur. n° 657 ; Delv., sur l'art. 610.

tenu de remplacer, jusqu'à concurrence du croît, les têtes des animaux qui ont péri.

= Lorsque les animaux ont été considérés *ut singuli* par l'acte constitutif d'usufruit, hypothèse prévue par l'article précédent, chacun d'eux étant l'objet d'un usufruit distinct, les jeunes têtes qui ont pu survenir ne remplacent pas celles qui ont péri (Proudhon, nº 1088). — Les règles sont différentes lorsque le droit a pour objet un *troupeau :* la loi veut qu'une partie des produits serve à réparer les pertes, suivant l'adage que les fruits ne se considèrent que déduction faite des frais d'entretien : *Non sunt fructus nisi impensis deductis.* Il est, d'ailleurs, de toute justice que ce qui vient d'une chose serve à réparer le dommage que cette chose a éprouvé.

Lorsqu'un troupeau est sagement administré, tous les ans on doit vendre les bêtes âgées ou infirmes, et les remplacer ; mais l'usufruitier n'est soumis à ce remplacement que jusqu'à concurrence du croît : s'il n'y a pas de croît, il se trouve par conséquent dégagé de toute obligation.

Lorsque le troupeau sur lequel est établi l'usufruit périt entièrement sans la faute de l'usufruitier, l'usufruit s'éteint, puisque la chose n'existe plus; mais la loi oblige l'usufruitier à rendre compte des cuirs ou de leur valeur, à moins qu'il n'ait pas été possible de les conserver : ne profitant de rien, il cesse alors d'être responsable.

Si le troupeau ne périt pas entièrement, ne restât-il que deux têtes (les auteurs du Code se sont écartés, sous ce rapport, des subtilités de la loi romaine), l'usufruit continue, car on conserve l'espoir que le troupeau se reconstituera : le droit de l'usufruitier, nous le répétons, porte sur une universalité, sur un objet unique et indivisible, et non sur tel animal pris individuellement.

Observons que l'obligation de remplacer les animaux n'a lieu que dans le cas où le nombre de têtes est certain : cette obligation n'existerait pas, si l'usufruit avait été constitué sans qu'on eût déterminé ce nombre, sauf la résolution pour abus de jouissance (618). (Toullier, nº 436.)

—Ces mots : *jusqu'à concurrence du croît*, ont fait naître la question de savoir si l'usufruitier doit remplacer les bêtes mortes, même avec les produits précédemment perçus, ou s'il ne doit suppléer à ces pertes qu'avec le croît à venir. Suivant quelques auteurs, il est tenu au remplacement, même sur ce qu'il a perçu pendant que le troupeau était au complet (argument de l'article 1769 et des Fragments de Paul, l. 3, t. 6, § 20, *de legatis*) : L'article 616, disent-ils, est conçu en termes généraux ; il n'autorise nullement l'usufruitier à garder le croît antérieur à la perte (1). La distinction suivante nous paraît plus conforme aux principes et à l'équité. Le croît remplace les têtes mortes s'il se trouve encore en la possession de l'usufruitier à l'époque de l'événement ; mais s'il a été vendu ou donné, l'usufruitier est dispensé d'en tenir compte. — Le système contraire aurait des conséquences désastreuses, même pour le propriétaire ; car l'usufruitier serait intéressé à faire périr le peu d'animaux qui resteraient, afin de ne pas être obligé d'en racheter.—Ces mots : *jusqu'à concurrence du croît*, ont pour but unique de

(1) Proudhon, nº 1094; Zach., t. 2, p. 14; Salviat, art. 67, nº 8.

faire entendre que l'usufruitier ne peut disposer du croît avant que le troupeau ne soit redevenu au complet.—L'arg. tiré de l'art. 1769 n'a point de portée; les règles du louage diffèrent essentiellement de celles de l'usufruit; la position n'est plus la même : dans le cas de l'article 1769, il s'agit d'un fermier (véritable acheteur de fruits pour un temps déterminé) qui demande une remise du prix à raison du dommage qu'il éprouvé, dommage qui ne peut s'estimer que par une balance avec les profits antérieurement faits au delà des prévisions. — Dans notre hypothèse, l'usufruitier, en qualité de propriétaire, subit sans recours tous les effets des bonnes ou mauvaises chances; il est fondé à considérer comme sien, comme entré définitivement dans son domaine, le croît dont il a disposé; — de même que les fruits naturels appartiennent à l'usufruitier dès qu'ils sont détachés du sol, de même le croît qu'il a vendu dans les conditions voulues par l'article 616 cesse d'être affecté au renouvellement du troupeau; si un événement malheureux arrive, l'aliénation équivaut, pour les troupeaux, à une perception de fruits, quand il s'agit des fruits de la terre. — Un bon administrateur supplée aux têtes mortes par les produits actuels et postérieurs d'un troupeau; mais on ne doit attendre que d'un propriétaire seul le sacrifice d'un capital pour recompléter immédiatement ce troupeau. La question nous paraît nettement tranchée en ce sens par la loi 70, ff., § 4, *de usufructu* (1).

L'usufruitier ne doit-il suppléer que les bêtes mortes? doit-il remplacer celles qui seraient décrépites et cassées de vieillesse? — Nous le pensons : ces animaux n'étant plus propres à la propagation, sont réellement perdus pour le service principal auquel ils étaient destinés; mais l'usufruitier peut alors disposer des vieilles bêtes qu'il a fait remplacer. — Par cette raison on doit lui reconnaître le droit de s'approprier le cuir de ces animaux (Proudhon, n° 1094).

Conséquences des procès survenus pendant la durée de l'usufruit, notamment en ce qui concerne les frais; — conservation de la chose.

Trois cas peuvent se présenter : le procès n'est relatif qu'à la jouissance; — il concerne exclusivement la nue propriété; — il porte à la fois sur la jouissance et sur la nue propriété.

613 — L'usufruitier n'est tenu que des frais des procès qui concernent la jouissance, et des autres condamnations auxquelles ces procès pourraient donner lieu.

= Puisque tout ce qui a trait à la jouissance regarde l'usufruitier, les frais des procès relatifs à l'exercice de son droit et les condamnations qui peuvent en résulter, tels que les dommages-intérêts, doivent être à sa charge. On donne pour exemple le cas où la contestation aurait eu pour objet la perception des fruits d'un héritage, le payement des intérêts, etc.—*Vice versâ*, le propriétaire est seul tenu des frais des procès qui concernent exclusivement la nue propriété.

Quand le procès a pour objet la nue propriété et la jouissance, ce qui a lieu lorsqu'il s'agit d'une servitude dont le voisin ne veut plus souffrir l'exercice, d'une action en bornage, en partage ou en revendication soit de la pleine propriété, soit même de l'usufruit, trois cas peuvent se présenter :

(1) Dur., n° 630, t, 4; Marcadé, p. 574.

1° Le propriétaire et l'usufruitier ont été mis en cause : l'un et l'autre doivent être condamnés aux dépens vis-à-vis de la partie adverse ; s'ils succombent, les frais sont considérés comme une charge de la pleine propriété, ce qui donne lieu à l'application des art. 609 et 612.

2° Le nu-propriétaire seul a été partie au procès : s'il obtient gain de cause, l'usufruitier profite de la condamnation, conformément aux règles de la gestion d'affaires (1375) ; s'il est condamné, ce dernier n'est tenu d'aucuns frais ; il peut même attaquer le jugement par voie de tierce opposition, car ce jugement est à son égard *res inter alios acta* (474 et suiv. Pr.) (Proudhon, n° 1747).

3° L'usufruitier s'est trouvé seul en cause : appliquez en sens inverse les règles qui précèdent (Proudhon, nos 1730 et suiv.).

Dans tous les cas où l'usufruit a été constitué à titre onéreux, l'usufruitier peut se faire indemniser du trouble *de droit* apporté à sa jouissance, et, par conséquent, des condamnations qu'il a encourues : — à cet effet, une action en garantie lui est ouverte *contre le constituant* (et non contre le nu-propriétaire, comme le disent *improprement* quelques personnes 1641 ; car depuis la constitution du droit la propriété peut avoir changé de mains).

614 — Si, pendant la durée de l'usufruit, un tiers commet quelque usurpation sur le fonds, ou attente autrement aux droits du propriétaire, l'usufruitier est tenu de le dénoncer à celui-ci : faute de ce, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait des dégradations commises par lui-même.

= L'usufruitier possède pour lui-même, comme propriétaire de son droit ; il détient en même temps au nom d'autrui, c'est-à-dire, comme mandataire tacite du propriétaire pour la conservation de la chose (578). — *Propriétaire*, il peut en son nom agir au pétitoire et au possessoire (1) ; — *mandataire*, il est tenu d'avertir sans retard le propriétaire, si des accidents nécessitent de grosses réparations, ou si un tiers commet quelque usurpation sur le terrain soumis à l'usufruit, soit en empiétant sur ce terrain, soit en lui imposant une servitude (1727, 1728) ; car cette usurpation pourrait conduire à la prescription (2221), ou tout au moins à la possession annale : or, cette possession a des conséquences graves ; il importe au propriétaire de les prévenir (*voy.* art. 23 Pr.). — L'usufruitier doit, en attendant, pourvoir aux mesures conservatoires que les circonstances exigent ; il est tenu du dommage résultant de ses

(1) Les actions pétitoires sont relatives à la propriété. — Les actions possessoires concernent le droit de possession. — Ce droit s'acquiert après un an de possession paisible, publique, continue et à titre de propriétaire (23 Pr., 2243 C. civ.). On voit combien il importe de ne pas laisser écouler ce délai sans agir, surtout quand on se trouve sans titre de propriété. D'ailleurs, en procédure, la position de défendeur est toujours meilleure que celle de demandeur. — Le pétitoire se porte devant le tribunal civil ; le possessoire, devant le juge de paix.

fautes et même de sa négligence : *præstat culpam levem* (arg. des articles 1928 et 1992) (1).

Dans quel délai l'usufruitier doit-il dénoncer au propriétaire le fait d'usurpation? Comme il se trouve, en ce qui touche l'obligation de conserver, dans la même position que le fermier ou le locataire, il semblerait logique de lui appliquer les mêmes règles, c'est-à-dire, de l'astreindre à donner cet avertissement dans le délai de huitaine, outre le délai des distances (1768, 1726, 1727 C. civ., 72, 1037 Pr.).—Néanmoins, comme la loi n'a pas appliqué à l'usufruitier ces règles exceptionnelles, le juge doit statuer sur les cas de responsabilité, eu égard aux circonstances : tels faits nécessitent un avertissement immédiat; tels autres peuvent, sans inconvénient, être portés à la connaissance du propriétaire après l'expiration du délai de huitaine. Propriétaire d'un démembrement de la propriété (à la différence du fermier, qui n'est, en définitive, qu'un acquéreur de fruits), l'usufruitier doit aviser aux premières mesures conservatoires; il n'encourt de dommages-intérêts qu'en cas de négligence ou de faute reconnue.

Une simple lettre ne suffirait pas pour mettre l'usufruitier à l'abri de toute responsabilité : il doit, prudemment, avertir le propriétaire par acte d'huissier, ou du moins se procurer quelques documents constatant qu'il a satisfait à cette obligation en temps utile; par exemple, une reconnaissance signée du propriétaire.

— L'usufruitier pourrait-il, par lui-même, interrompre la prescription? — Il faudrait pour cela qu'il eût le droit de plaider; or, ce droit lui est refusé.—Mais en agissant pour lui-même, pour la conservation de son droit, soit au pétitoire, soit au possessoire, il reprendra la possession et opérera une *interruption naturelle* en faveur du propriétaire (2243) (Delv., p. 157, nº 6).

Droits et obligations du nu-propriétaire.

Le nu-propriétaire et l'usufruitier sont en quelque sorte associés dans le domaine de la chose, puisque l'un a la jouissance et l'autre la nue propriété; mais comme leurs droits ont des objets distincts, chacun peut disposer du sien sans le consentement de l'autre.

Le propriétaire peut contraindre l'usufruitier à remplir les obligations que lui impose son titre, notamment à faire inventaire, à donner caution, à jouir en bon père de famille. Il peut, en outre, prendre par lui-même, pendant la durée de l'usufruit (faute par l'usufruitier d'y avoir pourvu), toutes les mesures qu'il juge propres à assurer la conservation de sa chose; par exemple, instituer un concierge, un garde forestier, etc.

(1) Delv., p. 372, t. 1er; Proudhon, nos 37, 39, 1542 et suiv.; Zach., p. 19; — Cass., 7 octobre 1813, Dev. Pal

Il a le droit de procéder aux grosses réparations, quand même il devrait en résulter pour l'usufruitier une grave incommodité ou une diminution de jouissance ; par exemple, ouvrir une carrière, abattre des arbres couronnés, etc.; mais, dans tous les cas, à charge d'indemniser l'usufruitier (1).

Bien plus, on lui reconnaît le droit de disposer, malgré l'opposition de ce dernier, des objets compris dans l'usufruit, s'ils dépérissent ou s'ils ne produisent ni revenus ni agréments (2).

Enfin, il peut *améliorer ;* c'est là une faculté inhérente à la propriété : par exemple, il peut acquérir un droit de servitude, construire un bâtiment, si ce bâtiment est nécessaire pour l'exploitation : l'usufruitier aura, bien entendu, la jouissance des améliorations.

Quant aux obligations du propriétaire, elles sont *positives* ou *négatives :*

Positives, quand elles consistent à faire : par exemple, il doit mettre l'usufruitier en possession de la chose, lui livrer cette chose avec tous ses accessoires, *adminicula ususfructus* (ff. l. 1, § 1 et 2, de usuf. petit.), même le passage nécessaire pour l'exploitation, si le fonds est enclavé (3).

Si la constitution d'usufruit est à titre onéreux, il est garant, comme dans le cas de vente de la propriété (1625 et suiv.); si elle est à titre gratuit, il ne doit point de garantie en cas d'éviction de tout ou partie du droit (Proudhon, nos 1460 et suiv.).

Elles sont *négatives* quand elles consistent à s'abstenir de certains faits (*voyez* art. 599).

Le propriétaire se trouve investi du droit de jouissance par le seul effet de la loi, au moment où l'usufruit s'éteint : une simple sommation suffit pour qu'à l'instant le détenteur soit tenu de délaisser ou de quitter les lieux.

L'usufruitier doit restituer la chose avec ses accessoires, sans pouvoir exiger d'indemnité à raison des améliorations qu'il a faites (*v.* art. 585, 586, 587, 599).

Quoique le nu-propriétaire ait, dès l'instant de la cessation de l'usufruit, le droit acquis de rentrer en jouissance, il doit laisser à l'usufruitier ou à ses héritiers un délai suffisant, déterminé d'après les circonstances, soit pour quitter les lieux, soit pour restituer les objets, eu égard à leur nature et à leur importance (Proudhon, no 2583).

SECTION III.

COMMENT L'USUFRUIT PREND FIN.

Les règles générales sur la résolution du droit de propriété, notam-

(1) Proudhon, nos 872 et 873; Dur., no 641; Toullier, nos 441 et suiv.; Salviat, art 116.
(2) Poitiers, 2 août 1818, Dev. Pal.
(3) Proudhon, nos 871 et suiv.; Toullier, t. 3, no 441; Zach., p. 22.

ment celles que déterminent les articles 953, 955, 960, 1046, 1184, 1167, s'appliquent à l'usufruit ; mais, indépendamment de ces causes d'extinction, il en est qui résultent de la nature propre de ce droit ; elles sont l'objet du chapitre qui va nous occuper : la faveur du retour de la jouissance à la propriété les a dictées.

617 — L'usufruit s'éteint :

Par la mort naturelle et par la mort civile de l'usufruitier ;

Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé ;

Par la consolidation ou la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire ;

Par le non-usage du droit pendant trente ans ;

Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi.

= L'usufruit s'éteint de dix manières :

1° Par la mort naturelle de l'usufruitier : l'usufruit est un droit essentiellement personnel ; il peut finir avant la mort de l'usufruitier, mais il ne peut se prolonger au delà.

C'est au propriétaire à établir la preuve du décès de l'usufruitier (arg. de l'art. 1315) (1).

Si l'usufruit a été constitué au profit de plusieurs personnes pour en jouir successivement l'une après l'autre, il reste séparé de la nue propriété jusqu'à la mort de la dernière personne (*v.* p. 704).

Les principes sur le droit d'accroissement entre colégataires de la propriété reçoivent leur application en matière d'usufruit (1044, 1045 ; Dur., n°s 496 et suiv. ; Proudhon, n°s 554 et suiv.) (*v.* p. 706 et suiv.).

L'usufruit s'éteint également par la mort civile (*voy.* art. 26, 27 et 30) ; dans le même cas, au contraire, la rente viagère subsiste (1983), bien qu'elle ait cependant une grande affinité avec l'usufruit (1992).

On donne deux raisons de cette différence : l'usufruit étant presque toujours constitué à titre gratuit, on voit avec faveur son extinction. — Mais on a dû se montrer plus difficile pour anéantir la rente viagère, car elle est en général constituée à titre onéreux. — D'ailleurs le mot *viagère* indique suffisamment que les parties ont entendu limiter le droit à la vie naturelle du créancier, tandis que le mot *usufruit* ne comporte pas cette idée : si l'usufruitier rentre dans la vie civile (ce qui peut avoir lieu soit par l'effet de la clémence du chef de l'État, soit par un acquittement prononcé, en supposant une condamnation par contumace), l'usufruit ne renaît pas pour cela; l'extinction est irrévocable; la loi ne distingue pas (2).

Du reste, comme ce n'est là qu'une question d'intention, nous pensons

(1) Dans le contrat de rente viagère, la preuve de l'existence de la personne est à la charge de celui qui demande les arrérages (1983).

(2) Dur., n° 650. t. 4; Zach., p. 22 et 23.

que l'usufruit subsisterait nonobstant la mort civile, si les parties avaient formellement manifesté leur volonté à cet égard (arg. de l'article 1982). Mais alors le droit profiterait aux héritiers jusqu'à la mort naturelle de leur auteur; ce dernier pourrait seulement réclamer des aliments sur les biens soumis à l'usufruit (Dur., nos 651 et suivants; Proudhon, nos 1976 et suivants).

Quelques jurisconsultes, il est vrai, rejettent cette modification : La règle, disent-ils, est générale; on ne doit point argumenter de ce qui est établi sur la rente viagère, car cette rente n'est, de sa nature, qu'une créance, tandis que l'usufruit est une servitude personnelle.

Nous répondrons que l'existence du condamné est reconnue par la loi elle-même, puisqu'aux termes de l'article 25, il conserve le droit de réclamer des aliments : pourquoi donc ne pas se conformer à la volonté du constituant, s'il résulte de l'acte constitutif qu'il a entendu maintenir l'usufruit nonobstant la mort civile de l'usufruitier? Cette clause n'a rien de contraire à l'ordre public, puisque la loi elle-même consacre une disposition analogue : on peut certainement prévoir dans un acte des faits que le législateur a pris soin de régler.— Allons plus loin; dès le moment où l'on reconnaît que l'usufruitier conserve la faculté d'exiger des secours alimentaires, n'est-il pas rationnel d'admettre qu'il peut, en stipulant un droit d'usufruit, prendre toutes mesures pour assurer la prestation de ces secours, et procurer à ses héritiers les moyens d'y satisfaire, en leur attribuant implicitement, dans la prévision de l'événement, les avantages attachés à l'usufruit? Où seraient ses garanties si le droit devait nécessairement faire retour à la nue propriété?

Lorsque le constituant a pris pour terme de la durée de l'usufruit la vie d'un tiers, il est bien certain que ce droit ne s'éteindra point par la mort civile encourue par ce tiers; car le cas de mort naturelle seul a été pris en considération (1).

2° Par l'expiration du terme pour lequel l'usufruit a été accordé : par exemple, s'il a été légué pour vingt ans, il s'éteint à l'expiration de la vingtième année, au jour fixé, de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une demande judiciaire, puisqu'il n'a pas reçu d'existence pour un temps plus prolongé.

L'usufruit peut être constitué sous telle condition que l'on juge convenable; il cesse par l'événement de la condition, ou lorsqu'il est devenu certain que la condition ne s'accomplira pas (1177, 580).

Mais alors l'usufruit n'expire pas de plein droit, comme dans le cas où il est limité à un certain temps; le propriétaire doit recourir à l'autorité du juge pour faire prononcer l'extinction, car elle nécessite une appréciation de circonstances; il faut examiner si la condition est accomplie, si le fait prévu est arrivé (Proudhon, nos 2057 et suiv.).

Du reste, il est évident que ce droit finirait par la mort de l'usufruitier survenue avant le terme fixé ou avant l'événement de la condition; car

(1) Dur., no 659; Zach., t. 2, § 230; Toull., no 450; Merl., Rép., Mort civile, § 1er, art. 3, no 11.

le terme ou la condition n'aurait pas pour but d'étendre, mais au contraire de restreindre la durée de l'usufruit. Les dispositions des art. 746, 748, 751 et 754 excluent d'ailleurs implicitement la supposition que l'usufruit puisse continuer après la mort de l'usufruitier (1).

3° Par la consolidation, etc. : l'usufruit est considéré comme une servitude relativement à la chose sur laquelle il réside ; or, nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose : *nemini res sua servit.*

Si les deux qualités de propriétaire et d'usufruitier ne se trouvaient réunies que sur une partie de la chose, le droit continuerait de subsister sur l'autre partie.

Cette cause d'extinction est restreinte au cas où il s'agit d'un usufruit proprement dit : quand le droit a pour objet des choses fongibles, il est évident qu'elle est inapplicable, puisqu'à l'instant les deux qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire se trouvent réunies.

En droit romain et dans notre ancien droit français, on entendait par *consolidation* la réunion qui s'opérait lorsque l'usufruitier avait acquis (à titre gratuit ou à titre onéreux) la nue propriété : *Si usufructuarius rei proprietatem acquisiverit* (Instit., l. 2, t. 4, § 4 ; Pothier, Douaire, n° 254).

Le Code désigne ainsi le fait de la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire, sans distinguer si c'est la nue propriété qui est venue se joindre à l'usufruit, ou l'usufruit qui s'est joint à la nue propriété. — Ce texte a été justement critiqué : en effet, s'il faut entendre par consolidation, même le cas où l'usufruit se réunit à la nue propriété, ce mot n'exprime plus qu'une cause générale d'extinction, se subdivisant en plusieurs espèces particulières ; la disposition devient inutile ; il faut, par conséquent, pour lui donner un sens, revenir à la définition de la loi romaine (2).

Nous supposons que l'acquisition de la nue propriété est devenue incommutable entre les mains de l'usufruitier ; s'il est évincé par suite d'un action soit en résolution, soit en rescision, en d'autres termes, par une cause antérieure à la réunion qui s'est opérée : *ex causa antiqua et necessaria*, il recouvre son droit, puisque l'extinction n'a été que conditionnelle, ou plutôt il se trouve replacé dans l'état où il était auparavant ; l'usufruit est censé avoir toujours duré. C'est ce que décidait Papinien (ff., l. 7, t. 1, 57) ; la résolution prouve que la consolidation ne s'est point accomplie. — Julien (ff. l. 6, t. 4, 17) décidait le contraire ; mais son opinion, repoussée par notre ancienne jurisprudence (Pothier, Douaire, n° 254), n'a point passé dans nos lois.

Inutile de dire que si l'usufruitier perd la nue propriété par une cause postérieure à l'acquisition *(ex novâ causâ)*; par exemple, s'il

(1) Proudhon, n°s 1965, 2061 et suiv. ; Zach., p. 24; *voy.* aussi Ducaurroy, n°s 222 et 223. Suivant Delv., p. 151, n° 6, l'usufruit prend fin par la mort, s'il est constitué à titre gratuit ; mais la convention doit être strictement observée, s'il est constitué à titre onéreux.

— Nous avons rejeté cette distinction.

(2) Cette rédaction est celle du texte primitif; elle a passé inaperçue au conseil d'État, au tribunat et au corps législatif : l'erreur est évidente.

aliène, ce ne sera pas le premier usufruit qui revivra, mais un nouveau droit qui prendra naissance (1). Pour que le premier usufruit soit censé avoir continué, il faut que la résolution ait lieu *ut ex tunc;* il ne suffit pas qu'elle s'opère *ut ex nunc.*

Que deviennent, en cas de consolidation, les charges réelles consenties par le nu-propriétaire? L'usufruitier se trouve dans la même position que tout autre acquéreur.

4° Par le non-usage du droit pendant trente ans : l'usufruitier est alors censé avoir renoncé à son droit. C'est là un terme déterminé pour la prescription de toutes les actions tant réelles que personnelles (2262).

La jouissance du fermier ou autre, qui posséderait au nom de l'usufruitier, conserverait l'usufruit. Le non-usage entraînerait l'extinction du droit (ff. l. 7, t. 17).

Remarquons surtout les termes de la loi. Elle ne dit pas que l'usufruit s'éteint par la prescription, mais qu'il s'éteint par le non-usage : en effet, il n'est pas nécessaire que le propriétaire fasse quelque chose pour que l'usufruit lui arrive ; il n'acquiert pas, le droit lui appartient ; il doit lui revenir après trente ans de non-usage ; la jouissance se réunirait de plein droit à la nue propriété, quand même le nu-propriétaire n'aurait pas pris possession : la loi voit ce retour avec faveur; elle fait à l'affranchissement des charges qui grèvent la propriété, l'application des principes sur la prescription a l'effet de se libérer (2219).

5° Par la prescription : il s'agit ici de la prescription à l'effet d'acquérir, laquelle s'opère par la possession continue pendant trente ans au détriment du propriétaire, et même par dix et vingt ans, en vertu de l'art. 2265, si le tiers possesseur qui s'est rendu acquéreur de l'héritage a en sa faveur juste titre et bonne foi : ce tiers prescrit alors contre l'usufruitier le droit d'usufruit, comme il prescrirait le domaine contre le propriétaire lui-même ; il a usucapé la franchise de l'immeuble (2265, 2266) (2).

De quelle époque date le délai requis pour prescrire? Est-ce à partir du dernier acte de perception, ou de l'époque à laquelle l'usufruitier a négligé de percevoir les fruits du fonds? A partir du dernier acte de perception (Proudhon, n° 2121).

La disposition de notre article ne concerne que l'usufruit des immeubles ; à l'égard des meubles corporels, l'usufruit s'éteint dès que l'usufruitier a cessé de les posséder ; car, en fait de meubles, la possession vaut titre (2279). — Toutefois, s'il avait perdu la chose ou si elle lui avait été volée, son droit ne s'éteindrait que par trois ans (2279) : ce laps de temps est accordé au propriétaire pour revendiquer.

6° Par la perte *totale* de la chose : s'il en reste une partie *homogène* qui puisse encore servir à l'usage auquel la chose était destinée, l'usufruit est maintenu sur cette partie : tel serait le cas où des bâti-

(1) Pothier, Douaire, n° 254; Zach., p. 24; Proudhon, n°s 2061 et suiv.; Dur., n°s 665 et suiv.; Toullier, n° 656.

(2) Dur., n° 673; Proudhon, n° 2125; Zach., p. 25; Troplong, Prescrip., t. 2, n° 854; Delv., t. 1er, p. 370; Toullier, n° 458.

ments qui se trouvent sur un domaine tomberaient en ruine ; l'usufruit subsisterait sur les bâtiments encore existants, sur le terrain des bâtiments détruits, et même sur les matériaux ; la raison est que le droit ne porte point en ce cas sur chaque bâtiment en particulier, mais sur un objet unique, le domaine dans son ensemble; or, la destruction des bâtiments ne change pas la substance du domaine. — Si un bâtiment soumis à l'usufruit est détruit en partie, l'usufruitier jouit de ce qui reste; mais son droit sur les parties détruites est irrévocablement anéanti ; il ne continue ni sur les matériaux ni sur le sol.

Quid si le bâtiment qui faisait partie d'un domaine a été reconstruit? L'usufruitier en aura la jouissance pendant la durée de son droit. — Mais qui supportera les impenses? Distinguons : le propriétaire ne peut rien exiger, si les reconstructions ont été faites par lui, sauf l'effet des arrangements particuliers. — Quant à l'usufruitier, si c'est lui qui a fait les travaux, sa position est celle d'un possesseur de mauvaise foi, ce qui donne lieu, lors de l'extinction de l'usufruit, à l'application de l'article 555, premier alinéa (*voy.* art. 599) (1).

Quid si l'usufruit était établi spécialement sur le bâtiment détruit? Ce droit, une fois éteint, ne peut revivre ; — s'il intervient une convention, un nouvel usufruit commence : — que la destruction ait eu lieu par cas fortuit ou par la faute de l'usufruitier, que le bâtiment ait été reconstruit par le propriétaire ou par l'usufruitier, cela importe peu : la loi ne distingue pas; le principe est absolu (615, 616, 623, 624) (2).

La perte est considérée comme *totale*, par cela seul que la substance de la chose est changée, encore qu'il en reste des débris, ou qu'une nouvelle chose ait été formée avec les matériaux provenant de la première; par exemple, si une maison a été construite avec les matériaux provenant d'un édifice incendié (3). — La substance est changée, lorsque l'objet ne peut plus porter le nom qu'il avait lors de la constitution d'usufruit (*voyez* art. 624). — Lorsque la modification est profonde, lorsque le changement de forme équivaut à une destruction, par exemple, si un attelage de deux ou quatre chevaux, soumis à l'usufruit, est réduit à un cheval, si un troupeau est réduit à une seule bête, si un bois est transformé en terre labourable, etc., les tribunaux se détermineront par les circonstances.

Nous supposons, bien entendu, que le changement de forme doit être perpétuel : il n'est pas douteux que l'usufruit renaîtrait, ou plutôt serait censé avoir continué, si les choses revenaient à leur premier état avant l'expiration du temps requis pour la prescription par le non-usage (30 ans). Mais alors, objectera-t-on, autant vaut dire que l'extinction a

(1) Proudhon, t. 3, nos 1443 et suiv.; Zach., p. 25; — Colmar, 13 janvier 1831, Dev., 1831, 2, 180, Pal.

(2) Proudhon, nos 1573 et suiv., décide que l'usufruit renaît sur le bâtiment reconstruit lorsque la destruction peut être imputée à l'usufruitier. — Cette décision nous paraît illogique ; on ne comprendrait pas que l'usufruitier qui est en faute fût mieux traité que celui à qui on ne peut rien reprocher.

(3) Proudhon, t. 3, nos 1443 et suiv.; Zach., p. 25; — Colmar, 13 janvier 1831, Pal. Dev., 1831, 2, 180.

lieu par le non-usage. La position est toute différente : le non-usage est facultatif; il suppose une renonciation tacite : lorsque la substance change, il n'est plus libre à l'usufruitier de jouir ou de ne pas jouir, le droit ne peut plus s'exercer; la volonté fléchit devant un événement de force majeure. On comprend dès lors que cette cause d'extinction ait dû faire l'objet d'une disposition spéciale. — Telles étaient, au surplus, les règles de la loi romaine; elles avaient passé dans notre ancienne jurisprudence (1). Il n'est pas présumable que les auteurs du Code ait entendu s'en écarter.

Ainsi, quand un étang est desséché, quand une pièce de terre est transformée en marais, quand un vignoble est converti en pâturage, un jardin en prairie, etc., il y a, dans tous ces cas, *mutatio rei*, partant, extinction de l'usufruit, si cet état de choses se prolonge pendant un espace de trente années.

L'usufruit établi sur une rente viagère s'éteint à la mort de la personne sur la tête de laquelle cette rente était constituée.

S'il a pour objet une créance, il s'éteint par la prescription de cette créance. — Si la créance avait été remboursée, l'usufruit se transformerait en un quasi-usufruit.

7° Par l'expiration de trente années, si l'usufruit a été constitué au profit d'une communauté ou d'un établissement public (619).

8° Par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance (618).

9° Par la renonciation de l'usufruitier (622). La renonciation n'est pas une donation proprement dite, mais un simple abandon de la jouissance (621). Néanmoins, comme cet acte est une véritable aliénation, il faut, pour sa validité, que le renonçant ait le libre exercice de ses droits (2). — La renonciation peut avoir lieu sans le consentement et même malgré le propriétaire (3), car l'affranchissement du fonds n'est qu'un retour à l'ordre naturel des choses.

Il va de soi que le renonçant peut reprendre son droit tant que l'acceptation du propriétaire n'est pas intervenue.

La renonciation a lieu sous la réserve, comme de raison, de l'action en révocation ouverte aux créanciers, si elle est frauduleuse et préjudicie à leurs droits (4); la loi ne l'assujettit à aucune forme spéciale; elle peut être tacite (5).

10° Enfin, par la résolution du droit de celui qui l'a constitué (2125) : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* : si donc l'usufruit était constitué sur un immeuble donné, il s'éteindrait de plein droit par l'effet de la révocation de cette donation pour cause de survenance d'enfant (753 et suivants).

(1) FF. l. 7, t. 1er, 71; t. 4, 56; ff., quibus mod. ususf. amit., l., 23 et 24; Dur., nos 685 et suiv.; Proudhon, no 2419; Toullier, t. 3, no 462; Merlin, Rép., Usuf., § 5, art. 4.

(2) Proudhon, no 2165; Dur., no 698.

(3) Proudhon, no 2206; Rolland, Usuf., nos 477 et suiv.; Don., nos 27 et suiv.; — Rouen, 24 janvier 1846, Pal., 1847, 1, 254; Bordeaux, 23 décembre 1847, Pal., 1848, 2, 8.

(4) Proudhon, nos 2174 et suiv.; — Agen, 25 juin 1812 et 17 juillet 1813, Dev. Pal.

(5) Dur., nos 701, 702 et 703.

Les causes d'extinction que nous venons d'énumérer ne sont pas toutes applicables au *quasi-usufruit;* rappelons-nous, en effet, que le quasi-usufruitier devient propriétaire des choses soumises à sa jouissance. Par conséquent on ne peut étendre à ce droit les causes d'extinction suivantes : la consolidation, la perte par le non-usage, la prescription, la perte de la chose, l'abus de la jouissance, enfin la résolution *ex tunc* du droit du constituant.

Quant aux autres causes d'extinction, savoir : la mort naturelle ou civile du quasi-usufruitier, l'expiration du terme convenu par les parties ou de celui que la loi détermine (quand il s'agit de l'usufruit légal), la renonciation, enfin l'accomplissement de la condition résolutoire, elles s'appliquent au quasi-usufruit comme à l'usufruit proprement dit.

618 — L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien (1).

Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans les contestations, pour la conservation de leurs droits ; ils peuvent offrir la réparation des dégradations commises, et des garanties pour l'avenir.

Les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier, ou à ses ayants cause, une somme déterminées, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser.

= L'usufruit n'est accordé que sous la condition, pour l'usufruitier, de jouir en bon père de famille ; aussi, la loi déclare-t-elle que l'extinction du droit *peut* être prononcée, lorsque l'usufruitier commet sur le fonds des dégradations susceptibles d'en altérer la substance, ou lorsqu'il le laisse dépérir faute d'entretien.

(1) Cette disposition est bien rigoureuse : que l'usufruitier soit soumis, en ce cas, à des dommages-intérêts, rien de plus juste ; mais il ne devrait pas encourir de déchéance, car il a un droit de propriété.—D'ailleurs, la caution donnée par l'usufruitier garantit suffisamment les droits du propriétaire, sauf, en cas d'insuffisance, à exiger de plus amples garanties pour l'avenir. — Le droit romain n'établissait rien de semblable ; l'abus de la jouissance n'était pas mis au nombre des causes d'extinction de l'usufruit ; on trouve seulement dans la loi 9, § 5, ff., *in fine*, *de damno infecto*, une décision qui semble avoir quelque analogie avec celle du droit français. — Quelques personnes ont cru trouver aux Institutes, dans les mots *non utendo per modum et tempus*, l'origine de la disposition du Code ; mais elles n'ont pas saisi le sens de la loi romaine : ces mots des Institutes se réfèrent à la constitution de Justinien (*voy.* C., liv. 3, tit. 23, *de usu. et habit.*, l., 16), où il est déclaré que l'usufruit s'éteint par le non-usage. — De ce point de départ erroné, elles arrivent à des conséquences qui ne sont pas logiques : en effet, si l'abus éteint l'usufruit, pourquoi décider que les créanciers peuvent empêcher cette extinction? les créanciers ont ils plus de droits que leur débiteur? pourquoi laisser aux juges l'alternative de prononcer ou l'extinction ou la rentrée du propriétaire dans la jouissance? — Enfin, la loi est ainsi faite.

La déchéance pour abus de jouissance n'a pas lieu de plein droit; il faut une décision judiciaire.

Les tribunaux ont un pouvoir absolu d'appréciation; mais ils doivent en user avec d'autant plus de réserve que la mesure à prendre est plus rigoureuse.—Quelques actes d'imprudence ou de légèreté ne suffiraient point pour emporter déchéance; il faut pour cela des faits de dol ou du moins des fautes graves. —Il s'agit d'une pure question de faits, le recours en cassation n'est pas ouvert (1).

Comme les créanciers ont l'exercice des droits et actions de leur débiteur (1196), la loi autorise ceux de l'usufruitier à intervenir (2) dans l'instance, pour la conservation de leurs droits. Ils peuvent même empêcher l'extinction, en offrant la réparation du dommage et en présentant des garanties pour l'avenir; par exemple, des cautions, des hypothèques : les priver de cette faculté, c'eût été faire peser sur eux une peine que la loi n'entend infliger qu'au débiteur.

Nous pensons que l'usufruitier lui-même serait admis à offrir les réparations et des garanties : les créanciers, en effet, ne viennent que comme exerçant les droits et actions de ce dernier, en vertu de l'article 1166, et non en vertu de l'art. 1167; car l'abus de la jouissance ne suppose pas nécessairement le cas de fraude (3).

Du reste, le tribunal a le droit, nonobstant l'intervention de l'usufruitier ou des créanciers, et les offres qui sont faites au nu-propriétaire, de prononcer, suivant la gravité des circonstances, ou l'extinction absolue de l'usufruit, ou la rentrée du propriétaire dans la jouissance, sous la condition de payer annuellement, soit à l'usufruitier, soit à ses ayants cause, une rente annuelle jusqu'au moment où l'usufruit aurait dû cesser. Le droit se trouve alors transformé en une rente temporaire (Fenet, page 201).

Nous pensons que le tribunal pourrait adopter en tout ou en partie les mesures autorisées par les art. 602 et 603, car il est revêtu ici d'un pouvoir discrétionnaire : le nu-propriétaire n'aurait pas à se plaindre, puisqu'on fera droit à sa demande; les réclamations de l'usufruitier ne seraient pas mieux fondées, puisqu'il aurait pu être frappé de déchéance.

La loi n'établit pas d'exception à ces règles en faveur des père et mère : s'ils abusent de l'usufruit légal, l'extinction ou la modification de leur droit peut donc être ordonnée.

L'usufruitier doit restituer au propriétaire (le cas de perte excepté) les objets qui étaient soumis à son droit, avec leurs accessoires; il ne peut réclamer d'indemnité ni pour les frais de labour et semences, ni

(1) Proudhon, nº 2418; Salviat, art. 125; Merlin, Rép., vº Usufruit, § 5, art. 4; Toullier, t. 3, p. 388.

(2) L'intervention est l'acte par lequel un tiers se présente dans une contestation qui l'intéresse (339 Pr.).

(3) Loin d'avoir commis une fraude, il est possible que l'usufruitier ait employé le montant des dégradations à payer ses propres créanciers.

pour les améliorations qu'il a faites (599). — Au contraire, il doit réparer tout le dommage qu'il a causé.

La déchéance pour abus de jouissance entraîne, comme toutes autres causes de résolution, l'anéantissement de tous les droit réels que l'usufruitier a consentis pendant sa jouissance; c'est là une conséquence de cet axiome : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis;* conséquence bien rigoureuse assurément dans notre espèce, mais qui n'est pas moins fondée sur les préceptes fondamentaux du droit (2125, 578, 118, 321, 184). Vainement opposerait-on qu'il s'agit ici, en réalité, de l'application d'une peine, et que les peines sont personnelles; vainement invoquerait-on la règle de l'art. 958 : les ayants droit ont à s'imputer de ne pas être intervenus pour offrir la réparation du dommage causé et des garanties pour l'avenir. — Avant tout, il faut songer aux intérêts du propriétaire; du reste, le juge a une entière latitude : il peut graduer ses décisions eu égard aux circonstances.

— L'article 618 semble restreindre la déchéance pour abus de jouissance au cas où l'usufruit a des immeubles pour objet : est-ce à dire que cette cause d'extinction soit inapplicable lorsque le droit repose sur des biens mobiliers (fongibles on non fongibles)? ∿ Point de question si l'usufruitier a été dispensé de donner caution : la difficulté ne peut naître, puisque le propriétaire trouve dans le cautionnement une garantie. — D'ailleurs, en cas d'insuffisance, il serait fondé à exiger de nouvelles sûretés. ∿ Mais *quid,* si l'acte est muet sur le cautionnement? ∿ D'une part, on dit que la dispense de donner caution confère à l'usufruitier des droits aussi étendus que ceux qu'il aurait eus si, obligé d'en fournir une, il avait satisfait à cette obligation; que le nu-propriétaire doit subir toutes les conséquences de la position qu'il s'est faite ou qu'on lui a faite; que l'usufruitier, dont il a suivi la foi, se trouve autorisé à se servir des choses soumises à sa jouissance comme des siennes propres; enfin, que ces considérations acquièrent de l'autorité, surtout quand il s'agit de créances ou autres choses fongibles; car l'*usus* se confond alors avec l'*abusus*, puisqu'on ne peut user de ces choses qu'en les consommant (1). ∿ Ce système est repoussé par la jurisprudence et par la doctrine. Le législateur a seulement parlé des immeubles, parce que ces sortes de biens ont particulièrement frappé son attention, à raison de la haute importance qu'ils avaient, relativement aux meubles, lors de la publication du Code; mais nul doute que les faits caractéristiques de l'abus doivent entraîner les mêmes conséquences que la chose objet de l'usufruit, soit mobilière ou *immobilière*, fongible ou non fongible; il s'agit d'un principe fondé sur l'équité : celui qui manque aux devoirs qu'il a contractés renonce par le fait au bénéfice de son droit.—Peu importe que par son titre constitutif l'usufruitier ait été dispensé de donner caution; toujours est-il qu'il doit jouir en bon père de famille, et que s'il trompe la confiance du constituant, il manque à l'obligation tacite qu'il s'est imposée, et se replace volontairement sous l'empire de la règle commune. — La dispense de donner caution ne l'affranchissait pas du devoir de conserver et de rendre : ne serait-il pas subversif des principes, nous dirons même de la raison, de placer le propriétaire dans la nécessité de rester spectateur impassible de folles dissipations ou de détournements frauduleux commis à son préjudice (2)? — On donne, pour exemples des circon-

(1) Paris, 10 février 1814 et 6 janvier 1826, Dev. Pal.

(2) Pothier, Don. n° 217; Proudhon, Usuf., nos 863 et suiv., 1033 et suiv.; — Cass., 30 no-

stances qui pourraient faire prononcer l'extinction de l'usufruit pour abus de jouissance, le cas où l'usufruitier aurait substitué à des placements sur hypothèques des placements sur billets en son nom personnel, ou un billet au porteur à un billet ordinaire ; le cas où il transporterait ou ferait novation des créances soumises à son droit d'usufruit : ce seraient là des actes de disposition qui manifesteraient de mauvaises tendances, des actes assez graves pour éveiller la sollicitude du propriétaire, et lui donner le droit d'en demander compte à l'usufruitier (1). — Ces décisions ne sont point en contradiction avec la règle, que l'usufruitier reçoit sans le concours du propriétaire le remboursement des capitaux (2).

Du reste, les tribunaux peuvent, sans prononcer la déchéance, se borner soit à limiter le droit de l'usufruitier, soit à prescrire des mesures pour garantir les droits du propriétaire : par exemple, ils peuvent l'astreindre à fournir caution, bien qu'il en ait été dispensé par le titre, ordonner que la somme sera placée avec le concours du nu-propriétaire, etc. (3).

Proudhon va plus loin : suivant lui, le nu-propriétaire serait fondé à s'opposer à ce que les capitaux fussent versés, sans sa participation, entre les mains de l'usufruitier dispensé de donner caution, si ce dernier se trouvait dans un état d'insolvabilité notoire : ce sont là des appréciations de fait ; dans le doute, les tribunaux doivent incliner pour le respect de la clause.

S'il y a dans l'usufruit plusieurs immeubles, et que l'un d'eux seulement ait souffert des dégradations, l'usufruitier sera-t-il privé de la jouissance de tous les autres? ∽ Les juges sont appréciateurs des circonstances (Toullier, 468 ; Proudhon, 2460).

L'aliénation du fonds serait-elle suffisante pour motiver la déchéance? ∽ D'une part, il y a mauvaise foi de la part du vendeur ; d'autre part, cet acte peut entraîner la prescription par dix ou vingt ans (Proudhon, 2422).

619 — L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers, ne dure que trente ans.

= Suivant notre ancienne jurisprudence, l'usufruit qui était accordé à une commune, à un établissement public, à une personne morale, en un mot, se prolongeait pendant cent ans, lorsqu'il n'était point limité à un moindre temps : le Code est revenu à des principes aussi sages que politiques, en restreignant ce délai à 30 années.

Le terme de 30 ans est pour l'usufruit conféré à une personne morale, ce qu'est le terme de la vie pour l'usufruit des particuliers : il importe à la société que ce droit se réunisse enfin à la nue propriété ; que le nu-propriétaire ne soit pas réduit indéfiniment à un titre stérile.—Cette règle est inhérente à l'essence de l'usufruit.

Le droit pourrait même cesser avant ce temps, par les causes ordi-

vembre 1829, Dev. Pal.; Bordeaux, 16 mars 1832; Bourges, 10 décembre 1832; Lyon, 15 janvier 1836; D. P., 34, 2, 31; 36, 2, 152; Pal. Dev., 1836, 2, 230; Nancy, 23 mars 1843, Pal., 1843, 2, 110; 17 février 1844, Dev., 1844, 2, 162.

(1) Proudhon, n° 1054; — Bordeaux, 19 avril 1847, Pal., 1848, 2, 106; Cass., 20 juin 1843.

(2) Pothier, Contrat de rente, nos 186 et 187; Rolland, Rép., n° 234; Proudhon, n° 1045.

(3) Proudhon, t. 2, nos 867 et 1048; Ponsot, Cautionnement, nos 409 et suiv.; — Lyon, 15 janvier 1836, D. P., 1836, 2, 152, Pal.; Cass., 8 janvier 1845, D. P., 1845, 1, 115; 21 janvier 1845, Dev., 1845, 1, 129; D. P., 1845, 1, 194; Douai, 11 janvier 1848, Pal., 1848, 2, 290; Dal., 1848, 2, 148; Nancy, 17 février 1844, Dev., 1844, 2, 162; D. P., 1844, 2, 61.

naires d'extinction, ou même si l'établissement venait à être supprimé.

Gardons-nous de considérer comme une constitution d'usufruit le legs annuel d'une somme d'argent ou d'une certaine quantité de denrées fait à une personne morale : cette redevance pourrait être perpétuelle ; on ne verrait point un usufruit dans cette disposition, puisqu'il n'y aurait pas de capital; mais seulement une charge de l'hérédité (Proudhon, t. 1er, p. 331).

—Peut-on, par des conventions, étendre à plus de trente ans l'usufruit concédé à une personne morale? ∞ Pour l'affirmative, on argumente de ce qui est établi sur l'emphytéose : puisque ce dernier droit, disent quelques auteurs, peut être constitué pour 99 ans, pourquoi serait-il interdit de donner cette durée à l'usufruit (1)? ∞ La position n'est plus la même : l'emphytéose a ordinairement pour but de faciliter la réalisation de travaux d'une haute importance, qu'on ne veut entreprendre qu'avec la certitude d'une jouissance prolongée; on ne peut donc raisonner de ce cas à celui qui nous occupe ; les règles diffèrent essentiellement : ainsi, tandis que le bail emphytéotique peut passer aux héritiers du preneur, nous voyons que l'usufruit s'éteint nécessairement à la mort de l'usufruitier (2).

620 — L'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé (3).

= La disposition de cet article est basée sur l'intention présumée de celui qui a constitué l'usufruit ; on suppose que l'époque n'a été désignée que dans l'intérêt de l'usufruitier, pour marquer la durée de la jouissance, *non ad vitam hominis*, *sed ad certa curricula :* si donc le tiers vient à mourir avant l'âge fixé, l'usufruit ne durera pas moins jusqu'à cette époque.

On peut également prendre la vie d'un individu pour terme de la durée de l'usufruit : l'usufruit ne s'éteint alors que par la mort *naturelle* de ce tiers, encore bien qu'il ait été frappé de mort civile (4); car la mort civile est un cas extraordinaire qui n'a pu entrer dans les prévisions du constituant.

621 — La vente de la chose sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier (5) ; il continue

(1) Vaz., Prescrip., nº 369; Dur., nº 665; Proudhon, t. 1er, nº 331.

(2) Zach., t. 2, p. 23; Marcadé, p. 579.

(3) Les termes de notre article sont trop absolus : nul doute que l'usufruit s'éteindrait, nonobstant la cause dont il s'agit, par la mort de l'usufruitier, par la perte de la chose, par l'abus de la jouissance, etc, même par le décès du tiers désigné, s'il résultait des circonstances que le constituant n'a pas entendu prolonger l'usufruit au delà. C'est ce qui a lieu en matière d'usufruit légal : l'article 384 déclare que les père et mère ont la jouissance des biens de leur enfant jusqu'à ce qu'il ait atteint sa 18e année; nul doute cependant que l'usufruit cesse lorsque l'enfant meurt avant cet âge, la puissance paternelle se trouvant anéantie.—Il faut ajouter à l'article 620 ces mots : *à moins qu'il ne soit établi en considération de l'existence de ce tiers.*

(4) Toullier, nº 449; Delv., p. 158, nº 8; Proudhon, nº 2045; Dur., nº 659; Zach., § 230; Merlin, Rép., vº Mort civile, § 1er, art. 3, nº 11.

(5) Inutile : l'art. 599, 1er alinéa, suffisait. Il est évident que le nu-propriétaire ne peut, en vendant sa chose, nuire aux droits de l'usufruitier.

de jouir de son usufruit s'il n'y a pas formellement renoncé.

= Le propriétaire et l'usufruitier sont comme associés dans le domaine d'une même chose : l'un a la nue propriété, l'autre a la jouissance ; leurs droits sont distincts. De là il résulte :

1° Que chacun d'eux a la faculté de disposer de son droit sans le consentement de l'autre, de même que chaque propriétaire *indivis* peut vendre ou céder le droit qu'il a dans la chose, sans le consentement de ses copropriétaires ;

2° Que la vente de la nue propriété ne peut porter atteinte aux droits de l'usufruitier : celui-ci continue de jouir de son usufruit comme auparavant, à moins qu'il ne soit intervenu à l'acte pour renoncer à son droit. — Mais la renonciation ne peut s'induire des circonstances ; elle doit être formelle. Cependant il n'est pas nécessaire d'employer la forme des donations; la loi voit avec faveur la réunion de l'usufruit à la nue propriété.

622 — Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à *leur préjudice.*

=Pour que l'action des créanciers soit admise, suffit-il que la renonciation leur *préjudicie?* La loi, peut-on dire, n'exige pas d'autre condition : il est dangereux de modifier les termes du texte ; l'abandon d'un droit dissimule presque toujours une fraude. A la vérité, l'article 1464 paraît être en désaccord avec cette théorie ; mais tout s'explique, si l'on réfléchit que souvent la femme, en renonçant, s'enrichit aux dépens de ses créanciers. On peut ajouter que le mot *fraude* se trouvait dans le projet du Code civil, et que ce mot a été remplacé par le mot *préjudice*, sur les observations du tribunat.

Quoi qu'il en soit, la plupart des auteurs décident que l'article 622 n'est qu'une application du principe général de l'article 1167; que sa disposition est conçue dans le même esprit que celles des articles 788, 1053 et 2225, lesquels, en accordant aux créanciers la faculté d'attaquer les actes faits par leur débiteur au *préjudice* de leurs droits, supposent évidemment le cas de fraude. — Telle était la règle admise en droit romain (ff., l. 42, t. 8, 3) et par notre ancienne jurisprudence (Pothier, Succ., chap. 5, et chap. 3, sect. 3, art. 1, § 2). Rien ne permet de supposer que les auteurs du Code aient entendu s'en écarter pour le cas spécial d'usufruit ; aucune discussion ne s'est élevée à cet égard au conseil d'État.

Ainsi donc, les créanciers ne peuvent attaquer la renonciation faite par leur débiteur au droit d'usufruit dont il jouissait, qu'en établissant la fraude (*consilium* et *eventus*), sauf à ceux qui ont intérêt au maintien de la renonciation à prouver que les éléments caractéristiques déterminés par l'article 1167 ne se trouvent pas réunis (Delv. sur l'art. 622).

623 — Si une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste.

= La perte de la chose n'opère l'extinction de l'usufruit qu'autant qu'elle est totale; si elle n'est que partielle, l'usufruit est diminué, mais non éteint.

624 — Si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment, et que ce bâtiment soit détruit par un incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux.

Si l'usufruit était établi sur un domaine dont le bâtiment faisait partie, l'usufruitier jouirait du sol et des matériaux.

= Lorsque l'usufruit est établi sur un bâtiment, il est clair que la destruction de ce bâtiment doit entraîner l'extinction du droit. — Si le propriétaire fait reconstruire une nouvelle maison, l'usufruit ne renaît pas pour cela, car la substance de la chose sera changée; la reconstruction ne peut faire qu'il n'y ait pas eu destruction, que l'usufruit n'ait pas cessé (1).

En cas d'incendie, si la maison était assurée, l'usufruitier jouirait de l'intérêt du prix d'assurance, car ce prix représenterait l'immeuble; mais il ne pourrait exiger que le prix de l'assurance fût employé à reconstruire le bâtiment détruit (2).—Toutefois, si le bâtiment avait été reconstruit successivement par parties, à mesure que des dégradations se manifestaient, l'usufruitier en jouirait, bien qu'en réalité ce ne fût plus le même bâtiment.

Quid si l'usufruit existait sur un domaine dont le bâtiment faisait partie? L'usufruitier jouirait des matériaux, car ce seraient là des accessoires du sol.

CHAPITRE II.

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

L'*usage* est un droit réel qui donne à l'usager la faculté de se servir de la chose d'autrui et d'en percevoir les fruits, mais seulement jusqu'à concurrence de ses besoins et de ceux de sa famille (Proudhon, n° 2739).

Analysons cette définition : l'usage, disons-nous, est un droit *réel*, un démembrement de la propriété; de ce principe résultent les conséquences suivantes :

1° L'usager a une action *in rem* pour contraindre le possesseur de l'héritage à souffrir l'exercice de son droit (Proudhon, n° 2741);

(1) Colmar, 13 janvier 1831; *voy.* cep. Proudhon, nos 1573 et suiv.; Zach., p. 230.

(2) Cass., 29 décembre 1824; Colmar, 25 août 1826, Dev. Pal. *Voy.* cep. Proudhon, nos 1596, 1600 et 1610.

2° Le tribunal du lieu de la situation de l'immeuble est seul compétent pour connaître de cette action (59 Proc.);

3° Le droit d'usage prend le caractère de la chose sur laquelle il est établi ; par conséquent, il est meuble ou immeuble, suivant que la chose est mobilière ou immobilière : dans ce dernier cas, le droit proportionnel de mutation immobilière est dû (Proudhon, n° 2745);

4° L'usager peut exercer les actions possessoires (en complainte ou en réintégrande) (23 et suiv. Pr.; Proudhon, n° 2748);

5° Enfin, l'action en revendication formée par un tiers qui prétend avoir droit à la pleine propriété du domaine doit être dirigée non-seulement contre le nu-propriétaire et l'usufruitier, mais encore contre l'usager; autrement ce dernier serait fondé à se pourvoir par voie de tierce opposition (Proudhon, n° 2749).

Le droit de l'usager est *restreint à ses besoins et à ceux de sa famille;* il suit de là :

1° Qu'il s'éteint, comme l'usufruit, avec la personne de l'usager.—L'usage est même plus rigoureusement personnel que ce dernier droit, puisqu'il est incessible, par conséquent insaisissable et non susceptible d'hypothèque (comp. les art. 595, 631 et 634);

2° Qu'il est indivisible, car la mesure de la nécessité ne peut être déterminée. —L'usufruit, au contraire, est essentiellement divisible, puisqu'il embrasse tous les profits que la chose peut procurer : *frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus* (ff., l. 19, de usuf. et hab.) — Ainsi, en cas de concours d'un usufruitier et d'un usager, ce dernier exerce d'abord son droit ; l'usufruitier prend ce qui reste (ff., l. 42, de usuf.; Proudhon, n° 2742; Dur., n° 13).

Inutile de dire que le droit d'usage porte non-seulement sur la chose elle-même, mais encore sur ses accessoires.

Le mot *usage* n'exprime pas chez nous une idée parfaitement semblable à celle que lui attribuaient les Romains : à Rome, l'usage avait pour base essentielle le droit exclusif d'aller et de venir sur le fonds, (*usus*); on ne concevait pas d'usage *sine usu.* L'usager, dans le principe, avait *omnem usum sine ullo fructu;* plus tard, il est vrai, on lui accorda le droit de percevoir une certaine quantité de fruits ; mais ce ne fut là que l'effet d'une faveur, qu'une simple concession faite en dehors des termes rigoureux de la loi. — Chez nous, au contraire, l'*usage* consiste principalement dans le droit aux fruits, proportionné aux besoins de l'usager : usage signifie usufruit restreint; l'usager n'a qu'une partie de l'*usus;* on pourrait l'en priver totalement sans porter atteinte à la nature du droit; l'*usuarius* se trouverait alors *sine usu.*

L'usage peut être établi, comme l'usufruit, sur toute espèce de choses mobilières ou immobilières, fongibles ou non fongibles, susceptibles de procurer quelque utilité ou agrément.

L'usage établi sur des animaux donne à l'usager le droit de les employer pour ses besoins à des travaux en rapport avec leur nature (Proudhon, n° 4511). — L'usage des meubles consiste uniquement à s'en servir personnellement; mais il ne donne pas le droit de les louer, quand

même le propriétaire aurait cette habitude (Proudhon, *ibid.*). — L'usage des choses qui se consomment, tels que l'argent, les denrées, les boissons, ou plus généralement les choses fongibles, se confond avec l'usufruit : lors de l'extinction de son droit, l'usager est tenu de rendre des choses de même nature en égales quantité et qualité (Proudhon, nº 2576) (1).

La loi pose en principe que ce droit s'établit de la même manière que l'usufruit (625).

En règle générale, l'usager doit être mis en possession; les choses ne peuvent même se passer autrement lorsque l'objet est mobilier, ou lorsqu'il s'agit d'un droit d'habitation.

Mais quand il s'agit d'un fonds de terre, les parties peuvent, ainsi que nous venons de le dire, déroger à cette règle, et convenir que le propriétaire sera laissé en possession. La raison veut qu'il en soit ainsi, indépendamment de toute stipulation, lorsque l'usager n'absorbe qu'une faible partie des fruits de l'immeuble.

Les droits de l'usager se règlent d'après le titre constitutif; à défaut de stipulations particulières, d'après ses besoins et ceux de sa famille.

L'usager est soumis aux mêmes obligations que l'usufruitier (627-635); toutefois, ces obligations ne sauraient lui être imposées que sous certaines modifications, lorsqu'il reçoit les fruits des mains du propriétaire, ou lorsque les biens sont affermés (*v.* art. 628).

Par suite, la loi décide qu'il ne peut ni louer ni céder son droit.

L'usage s'éteint de la même manière que l'usufruit; cependant l'extinction n'a lieu ni par la mort civile de l'usager (art. 25 et 1982), ni par l'expiration de 30 années dans le cas prévu par l'article 619.

Le droit d'usage appliqué à une maison prend le nom de droit d'habitation.

Le *droit d'habitation* (*usus ædium*) n'est autre chose que celui de demeurer pendant sa vie, ou pendant le temps déterminé par le titre constitutif, dans la maison d'autrui.—On trouve des exemples de ce droit dans les articles 1465 et 1570.

Nous verrons, art. 625, comment s'établit et s'éteint le droit d'usage; — art. 628, 631, quelle est l'étendue de ce droit; — art. 626, 627 et 635, quelles sont les obligations de l'usager.

Les art. 632, 633 et 634 sont relatifs au droit d'habitation.

Le Code renvoie, pour l'usage des bois et forêts, aux lois spéciales qui régissent cette matière.

Règles communes aux droits d'usage et d'habitation.

625 — Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit (2).

(1) Ne confondons pas l'usage avec la faculté conférée à une personne de prendre sur une masse de biens les provisions nécessaires pour ses besoins. Ce n'est plus là un usage proprement dit, mais un droit de créance (Proudhon, nº 2576).

(2) L'article 625 contient deux inexactitudes : 1º il n'est pas vrai que l'usage s'établisse de la

= Les droits d'*usage* et d'*habitation* s'acquièrent et se perdent de la même manière que l'usufruit; ces droits ne sont en réalité qu'un usufruit restreint.

Cependant, on observe qu'ils ne s'établissent jamais par l'effet de la loi, et qu'ils ne sont pas soumis à la disposition de l'art. 619, suivant laquelle l'usufruit accordé à des communes ou à des établissements publics ne dure que trente ans : en effet, si la loi borne à trente ans l'*usufruit* établi au profit des communes, c'est qu'elle n'a pas voulu paralyser indéfiniment l'effet le plus puissant de la propriété : la jouissance de la chose. Mais le droit d'usage ne présente pas les mêmes inconvénients; car ce droit, étant mesuré sur les besoins de l'usager, laisse toujours au propriétaire de la chose une partie de la jouissance.

De même que l'usufruit (580), l'usage peut être constitué purement et simplement, à terme ou sous condition, au profit d'un seul ou de plusieurs, pour en jouir simultanément, successivement ou alternativement. (*Voyez* toutefois, art. 630, ce que nous dirons sur l'accroissement.)

Le droit d'usage s'éteint : 1° par la mort naturelle de l'usager; — 2° par le non-usage pendant 30 ans; — 3° par la consolidation; — 4° par la perte totale de la chose; — 5° par la renonciation de l'usager; — 6° par l'abus de la jouissance, en supposant que l'usager soit en possession; — 7° par l'expiration du terme; — 8° par la prescription; — 9° par la résolution du droit de celui qui l'a constitué.

En cas d'abus de jouissance ou de renonciation, il faut observer que les créanciers n'auraient point la faculté d'intervenir comme en matière d'usufruit, puisque l'usage n'est pas cessible.

626 — On ne peut en jouir (1), comme dans le cas de l'usufruit, sans donner préalablement caution, et sans faire des états et inventaires.

même manière que l'usufruit : en effet, il ne résulte jamais de la loi, tandis que l'usufruit peut s'établir ainsi. — On a copié cette disposition dans les Institutes : à Rome, il était exact de dire que l'usage s'établissait comme l'usufruit, car l'usufruit légal n'était pas admis; chez nous la règle est différente. — Vainement argumenterait-on de l'article 1465; cet article n'établit pas un usage légal, mais une conséquence du droit de copropriété : la femme, en effet, prend ce qui est nécessaire à ses besoins sans être tenue de fournir caution. — On croirait également à tort que le deuxième alinéa de cet article confère à la femme un droit d'habitation : si cela était, elle devrait contribuer aux réparations d'entretien et fournir caution; en réalité, elle n'a qu'une créance contre les héritiers du mari pour obtenir son logement. — Appliquez ces observations au cas prévu par l'article 570. — 2° Il est également inexact de dire que l'usage se perd comme l'usufruit : en effet, il ne s'éteint point par la mort civile de l'usager (art. 25 et 1982 C. C.); car la mort civile ne brise pas les droits relatifs à l'existence naturelle du condamné (Malleville sur l'art. 617; Zach., p. 29, t. 2; *voy.* cep. Proudhon, n° 2795). — En outre, le droit d'usage, concédé à une commune, dure perpétuellement; car ce droit, à la différence de l'usufruit (619), ne rend pas illusoire la propriété : l'usage au profit d'une commune est plutôt une servitude réelle qu'une servitude personnelle. — Enfin, il faut observer que l'abus de la jouissance n'est pas dans tous les cas une cause d'extinction, puisque l'usager, ainsi que nous le verrons, art. 630, n'est pas toujours en possession du fonds : il ne faut donc pas prendre à la lettre les termes du texte.

(1) Expression inexacte : *on jouit* d'un fonds, on exerce l'usage.

= La loi soumet celui au profit de qui est établi le droit d'usage ou d'habitation, aux mêmes obligations que l'usufruitier.

Par cette raison, on doit le dispenser de fournir caution dans le cas où l'usufruitier en serait lui-même dispensé : ainsi, le vendeur ou le donateur avec réserve d'usufruit n'étant point tenu de cette obligation (601), le vendeur ou le donateur avec réserve du droit d'usage doit en être également affranchi.

En obligeant l'usager à dresser des états de situation, à faire inventaire et à donner caution, les art. 626 et 627 semblent implicitement établir qu'il doit être mis en possession de la chose : telle est, en effet, la règle générale ; cependant, nous verrons que l'on peut déroger à cette règle sans porter atteinte à la nature du droit d'usage (*voyez* art. 628).

Si l'usufruitier ne peut trouver de caution, il y a lieu d'appliquer la règle de l'art. 603 (Proudhon, n° 2785).

627 — L'usager, et celui qui a un droit d'habitation, doivent jouir en bons pères de famille.

= Cette obligation le soumet aux mêmes devoirs et à la même responsabilité que l'usufruitier.

628 — Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le titre qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue.

= Ainsi, le droit d'usage sur une terre à blé peut être limité à une certaine quantité de mesures, insuffisantes pour les besoins de l'usager. — *Vice versâ*, l'usager qui, en principe, à défaut de titre, n'aurait le droit de prendre que la quantité de fruits nécessaire pour ses besoins personnels, ceux de sa famille et de ses enfants, peut être autorisé à prendre des fruits pour les besoins de telle ou telle personne étrangère qu'il reçoit chez lui.

Il résulte de notre article que le disposant peut non-seulement limiter l'exercice du droit d'usage, mais encore modifier les règles établies par la loi, relatives aux droits et aux obligations de l'usager : telle a été la pensée du législateur. On lit ce qui suit dans l'exposé des motifs, par M. Galli (Fenet, p. 227) : « Les principes qui règlent l'usufruit quant à la manière dont il s'établit et se perd, qui fixent les obligations, pour celui qui en a la jouissance, de faire dresser un inventaire et des états, de jouir en bon père de famille et de donner caution, sont aussi ceux qui règlent l'exercice des droits d'usage et d'habitation, sans gêner, d'ailleurs, la faculté de les modifier comme il plaît, par l'acte même

qui les établit; mais la loi parle lorsque le titre se tait.....» (*Voy.* aussi Fenet, p. 185).

On peut *stipuler* que l'usager ne sera pas mis en possession, et qu'il recevra des mains du propriétaire les fruits nécessaires à ses besoins. Le droit ne change point pour cela de caractère; il n'est pas moins *réel*, bien qu'il ait perdu un de ses principaux attributs, *usus;* l'usager se trouve alors avoir *fructus sine usu :* l'expression *exiger,* plusieurs fois employée dans l'article 630, fait allusion à cette situation.—Nous supposons que l'usage a pour objet un immeuble productif de fruits naturels, ou une créance productive d'intérêts. La nature des choses veut que l'usager ait la possession, lorsqu'il s'agit d'un objet mobilier qui n'est pas destiné à produire des fruits, ou d'un droit d'habitation.

Il est généralement admis que le propriétaire doit conserver la possession, indépendamment de toute stipulation, lorsque l'usager n'absorbe qu'une faible partie des fruits, ou lorsque l'exploitation nécessite des connaissances spéciales qui sont étrangères à l'usager : le juge est appréciateur des circonstances; il doit, dans tous les cas, prescrire les mesures propres à concilier tous les intérêts

Il va de soi que l'usager n'a ni inventaire ni état de situation à dresser, et qu'il est même dispensé de donner caution lorsque le propriétaire administre; du moins, il ne doit fournir caution que pour sûreté du payement de sa part contributoire dans les impenses annuelles (1).

629 — Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue de ces droits, ils sont réglés ainsi qu'il suit :

Du droit d'usage.

630 — Celui qui a l'*usage des fruits* (2) d'un fonds ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille.

Il peut en exiger pour les besoins même des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage.

= L'usufruit, comme nous l'avons vu, donne à l'usufruitier le droit de percevoir la totalité des fruits que la chose produit; mais l'usager ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille.

De cette différence il résulte :

1° Que le droit d'usage est indivisible, car on ne peut diviser les besoins d'une personne ;—au contraire, l'usufruit est divisible, puisqu'on peut partager les émoluments qui naissent de la chose : par exemple, on peut léguer la moitié de l'usufruit d'un fonds. — Si le testateur veut

(1) Proudhon, nos 2760 et suiv., 2784 et 3263; Dur., no 27, t. 5; Delv., p. 159, no 4; Zach., p. 28; Toullier, no 347.

(2) L'usager a plus que l'usage des fruits. Il en a la propriété.

restreindre le droit d'usage, il doit déterminer la partie du fonds sur laquelle ce droit s'exercera;

2° Qu'entre deux colégataires de l'usage d'un fonds, il ne peut y avoir lieu au droit d'accroissement, puisque la quotité de fruits accordée à l'usager est restreinte à ses besoins. — Au contraire, le droit d'accroissement a lieu en matière d'usufruit dans les cas déterminés par la loi (617);

3° Que si on lègue à une personne l'usufruit d'un fonds, et à l'autre l'usage de ce même fonds, les droits de l'usager s'exerceront avant ceux de l'usufruitier; car le droit d'usage ne peut souffrir de partage, tandis que l'usufruit, embrassant tous les émoluments de la chose, peut être divisé.

Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue du droit d'usage, l'usager peut exiger tous les fruits nécessaires à ses besoins, c'est-à-dire, aux besoins ordinaires de la vie, suivant sa qualité, sa condition et ses habitudes; et comme il est impossible de séparer des besoins d'un individu ceux de sa famille, la loi l'autorise à exiger ce qu'il lui en faut pour la soutenir, quand même il n'aurait pas été marié à l'époque de la constitution de l'usage. Il a même le droit de tirer du fonds ce qui lui est nécessaire pour les convives et les hôtes que la bienséance l'oblige à recevoir (Proudhon, n° 2270).

Quel est ici le sens du mot *famille?* Proudhon, n°s 2775, 2812 et suivants, distingue : lorsque ce mot est employé seul, sans autre désignation, il ne comprend que les personnes qui composaient la famille au moment où le droit a été constitué; mais lorsqu'il est démontré, par quelques expressions, que le testateur a eu en vue toute la postérité du légataire, il faut se conformer à ses intentions.—Dur, n° 19, professe la même doctrine, mais avec quelques tempéraments : si la constitution est à titre gratuit, les seuls enfants ou descendants qui puissent profiter de la disposition, dit-il, sont ceux qui étaient conçus au moment du décès ou de la donation; il en est autrement lorsqu'elle a eu lieu à titre onéreux; car on stipule toujours pour soi et ses héritiers (1122). — Delv., p. 160, n° 1, et Salviat, p. 179, admettent cette distinction; mais ils vont plus loin : on entend par *famille*, suivant eux, non-seulement le conjoint et les enfants légitimes de l'usager, mais encore ses enfants naturels, ses enfants adoptifs, enfin tous les parents auxquels il doit des aliments, et qui vivent avec lui. — En l'absence de toute distinction, nous pensons que cette dernière opinion doit prévaloir.

Ainsi la *famille* comprend, selon nous, même les parents envers lesquels est née, depuis la constitution du droit d'usage, l'obligation de fournir des aliments (rapport de M. Galli au corps législatif), sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'usager était à cette époque célibataire, veuf ou marié : en se créant une famille, il s'est imposé de nouveaux besoins qu'il faut satisfaire, car ils se confondent avec les siens propres (1). La quotité de fruits nécessaire à l'usager peut donc varier chaque année.

(1) Toullier, t. 2, p. 345; Zach., p. 29.

Si le fonds est affermé, l'usager reçoit directement du fermier les fonds reconnus nécessaires à ses besoins et à ceux de sa famille.

On peut établir sur les immeubles certains droits d'usage qui ne soient pas calculés sur les besoins de l'usager : tels sont les droits de chasse, de pêche, de puisage et autres droits analogues : ces droits se règlent par le titre qui les constitue. Le législateur n'a pas tout prévu dans notre chapitre; il règle uniquement l'usage proprement dit, c'est-à-dire, l'usufruit lui-même restreint aux besoins de la personne.

Quid, si le droit d'usage a été constitué au profit d'une veuve? Si elle se remariait, les effets du droit d'usage se restreindraient toujours à sa personne, sans égard aux obligations que son nouveau mariage lui aurait imposées. La loi voit avec défaveur une femme convoler à de secondes noces. D'ailleurs, c'est au mari à pourvoir aux besoins de sa propre famille; il ne tombe pas dans les prévisions du constituant que la veuve remariée puisse être un jour tenue d'y subvenir. Telle était la doctrine de l'ancien droit (1).

— Comment concilier l'art. 630 avec l'art. 635? ∽ Aux termes de l'art. 630, à défaut de titres, l'usager peut prétendre aux fruits jusqu'à concurrence de ses besoins; suivant l'art. 635, il doit supporter au *prorata* les charges usufructuaires : or, si on prélève sur le produit net ce dont il a besoin, il aura plus d'avantages que la loi ne lui en accorde; — si on lui attribue le produit *brut*, il aura ce qui lui est nécessaire *à priori*, ou sa part contributoire dans les semences prélevées; mais, une fois les charges payées, il pourra se faire qu'il ne lui reste plus de quoi subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille, et alors on violera l'art. 630.—Si l'usager demande un supplément, l'art. 635 sera méconnu : comment donc réglera-t-on la contribution? ∽ Dans toute exploitation suivie, dit Duranton, n° 38, soit que l'on cultive par ses mains, soit qu'on le fasse par celles d'un colon ou métayer, on commence par prélever les semences, et c'est le surplus qui est considéré comme véritablement le produit de la récolte; en conséquence, l'usager « ne doit contribuer aux semences que pour la première année, s'il faut en acheter, parce qu'il n'y en a pas dans le fonds lors de l'ouverture du droit. » ∽ Proudhon, n° 2791, pense que l'article 635 s'applique « au cas seulement où il y a eu entre le propriétaire et l'usager un aménagement ou partage au moyen duquel une portion du fonds a été abandonnée à ce dernier pour lui tenir lieu de son droit d'usage. » ∽ Enfin, d'autres personnes distinguent : si l'usager cultive par lui-même, il doit supporter une partie des charges et prendre même, pour les acquitter, sur ce qui est nécessaire à ses besoins et à ceux de sa famille; mais si la possession de l'objet ne lui a pas été remise, s'il n'a qu'une créance pour obtenir du nu-propriétaire la quotité de fruits dont il a besoin pour subsister, il n'est point tenu de supporter les charges des fruits. ∽ Le premier système est arbitraire; il ne s'appuie sur aucun texte.— Nous en dirons autant du deuxième : l'aménagement qu'il suppose serait, s'il avait lieu, une convention nouvelle qui substituerait au droit d'usage sur la totalité du fonds, l'usufruit d'une portion déterminée; d'ailleurs, on se trouverait placé en dehors du texte : l'article 629 indique suffisamment que la loi se borne à régler le cas où il n'est pas intervenu de conventions particulières.— Le troisième système répugnerait à l'équité, car l'usager se trouverait traité plus rigoureusement lorsqu'il donnerait ses soins au fonds que s'il n'était pas mis en possession; en d'autres termes, on attribuerait d'autant

(1) Delv., 160, n° 2; Zach., *ibid.*; Dur., n° 19.

moins au nu-propriétaire, que ce nu-propriétaire serait soumis à plus de charges, à des soins plus étendus. — Selon nous, l'usager doit recevoir le produit brut.— L'idée de contribution ne peut se séparer de celle de quelque perte : ce que la loi veut, c'est que l'usager reçoive *à priori* ce qui est nécessaire à ses besoins et à ceux de sa famille, et qu'il contribue au *prorata* aux charges des fruits. — C'est, du reste, ce qui se passe dans le cas où les communes ont un droit d'usage sur les forêts de l'Etat ou sur celles des particuliers : chaque habitant de la commune contribue au *prorata* au payement des charges de la jouissance.

Doit-on admettre, sous l'empire du Code, la distinction que faisait la loi romaine entre le droit d'habitation et l'usage des bâtiments? ∽ Non : l'habitation, comme le droit d'usage, est une espèce de servitude personnelle qui grève le domaine et qui donne ainsi une action réelle contre tout détenteur (Dur, n° 48).

La loi ne déterminant aucune mesure particulière sur les améliorations que l'usager aurait faites sur le fonds, on demande s'il faut appliquer les règles de l'usufruit? ∽ Dans le silence du Code, dit Proudhon, n° 2789, il faut appliquer la règle générale de l'art. 555, et reconnaître en conséquence à l'usager le droit de se faire indemniser en raison de la plus-value.

631 — L'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre.

= Dans cet article, la loi établit encore une nouvelle différence entre l'usufruit et l'usage : l'usufruitier ayant droit à la totalité des fruits, il importe peu qu'il les recueille par lui-même ou qu'il les fasse recueillir par un autre; aussi, ne lui refuse-t-on pas la faculté de vendre ou de céder son droit (595). — Mais l'étendue et les bornes du droit d'usage doivent se régler sur les besoins et sur les convenances personnelles de l'usager; or ce droit se modifierait nécessairement s'il passait d'une personne à une autre.

Du principe que le droit d'usage est exclusivement attaché à la personne de l'usager, il résulte qu'à la différence de l'usufruit, ce droit ne peut être ni saisi, ni par conséquent hypothéqué (1), à moins qu'il n'ait été rendu cessible par l'acte constitutif (voy. *suprà*, art. 628) : en effet, la saisie n'a pour objet que de conduire à une cession; or, les créanciers ne peuvent avoir plus de droits que le débiteur (1166) (2).

L'usager ne pourrait céder ni louer son droit, lors même qu'il absorberait la totalité des fruits (3); car ses besoins peuvent se modifier d'un jour à l'autre : la loi lui refuse cette faculté sans distinction. Ajoutons que le constituant a pris en considération les habitudes d'ordre et d'économie de l'usager.

Nous pensons, toutefois, que l'une et l'autre faculté pourraient lui être conférées par son titre; l'ordre public ne s'y oppose point (4).

Dans cette même hypothèse, le droit de l'usager pourrait être saisi, car la seule cause d'insaisissabilité, l'*inaliénabilité*, n'existerait pas (Dur., *ibid.*).

(1) Proudhon, n° 2751; Dur., n° 25; Troplong, Hyp., t. 2, n° 403, n° 777 *bis;* Zach., *ibid. Voy.* cep. Grenier, Hyp., t. 1er, n° 140.

(2) Delv. sur l'article 631; Zach., p. 29; Toullier, t. 2, p. 346; Troplong, Hyp., t. 3, n° 777 *bis;* Dur., n° 23, t. 5.

(3) *Voyez* cep. Delv., p. 160, n° 3. et Proudhon, n° 2766.

(4) Dur., n° 24; Proudhon, n° 2766.

En quoi consiste l'usage d'une somme d'argent, d'une créance ou autres choses fongibles? L'usage se confond en ce cas avec le quasi-usufruit; il est impossible en effet de limiter l'emploi qu'on peut faire de l'argent ou des denrées.—L'usager doit, à l'expiration de son droit, restituer une pareille somme ou une égale quantité de choses semblables en espèce et en qualité à celles qui ont été remises entre ses mains (art. 586 C. C.; ff. l. 5, § 2, *de usu earum rerum quæ usu consum*; Proudhon, nos 2757 et 2782).

— De ce qu'en l'absence de toute disposition contraire dans le titre constitutif de l'usage, l'usager ne peut ni louer ni céder son droit, s'ensuit-il qu'il ne puisse non plus vendre ni donner les fruits qu'il a perçus ou qui lui ont été délivrés pour ses besoins? Merlin, Rép., droit d'usage, section 2, § 5; Dur., nos 25 et 26, et Toullier, no 350, décident que la consommation des fruits est indispensable pour que l'usage soit pleinement exercé. « Le but de l'usage, dit ce dernier auteur, n'est pas, comme celui de l'usufruit, de procurer à l'usager un avantage autre que celui qui consiste dans la satisfaction de ses besoins journaliers; dès qu'il n'emploie pas les fruits à son usage particulier, mais les vend ou en dispose d'une autre manière, ce but est manqué, c'est agir contre la nature de ce droit. » Il s'appuie de la doctrine de Voët (tit. *de usu et habit*, no 3) et de Vinnius.—Cependant il ne va pas jusqu'à décider, comme ce dernier auteur, que les héritiers de l'usager ne peuvent profiter des fruits restants en nature sur la provision de l'année. Cette opinion est assurément conforme à la lettre de la loi; mais elle nous semble néanmoins dépasser les vues du législateur. Ne peut-il pas arriver que l'usager ait cru devoir consommer d'autres denrées acquises de ses deniers, afin de conserver pour un autre temps celles qui lui ont été remises pour ses besoins? Lors même qu'elles se retrouvent en nature dans sa succession, leur valeur n'est pas moins absorbée en fait. Supposons qu'au lieu de denrées on lui ait remis de l'argent, prix de fermages : soutiendrait-on que les deniers provenant des économies qu'il aura faites devront retourner au nu-propriétaire; qu'ils ne seront point compris dans sa succession? Pourquoi donc établir une règle différente quand il s'agit de denrées? Les fruits étaient siens, puisqu'il aurait pu les absorber ; par conséquent, il doit avoir la faculté d'en disposer.—Les auteurs du Code se sont écartés, en matière d'usage, des subtilités par trop rigoureuses de la loi romaine : il nous est difficile d'admettre que la consommation soit aujourd'hui nécessaire pour que le droit d'usage soit pleinement exercé.

Droit d'habitation.

632 — Celui qui a un droit d'habitation dans une maison peut y demeurer avec sa famille, quand même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit lui a été donné.

= Les droits d'usage et d'habitation ne diffèrent l'un de l'autre que sous le rapport de l'objet auquel ils s'appliquent; les mêmes règles leur sont applicables.

633 — Le droit d'habitation se restreint à ce qui est néces-

saire pour l'habitation de celui à qui ce droit est concédé, et de sa famille.

= Appliquez au droit d'habitation ce que nous avons dit, art. 631, sur le droit d'usage (1).

634 — Le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué.

635 — Si l'usager absorbe tous les fruits du fonds, ou s'il occupe la totalité de la maison, il est assujetti aux frais de culture, aux réparations d'entretien, et au payement des contributions, comme l'usufruitier.

S'il ne prend qu'une partie des fruits, ou s'il n'occupe qu'une partie de la maison, il contribue au prorata de ce dont il jouit.

= Si l'usager absorbe tous les fruits, il est conforme aux principes et à l'équité de mettre à sa charge toutes les impenses usufructuaires.— S'il n'en perçoit qu'une partie, ou s'il n'occupe qu'une partie de la maison, il doit supporter ces impenses au prorata de ce dont il a joui : à cet effet, il faudra, pour régler la contribution, faire chaque année une appréciation comparative de la quotité de fruits que l'usager aura prélevée (*voy.* Proudhon, nos 2791 et suiv.).

Gardons-nous de confondre avec le droit d'usage la prestation annuelle d'une certaine quantité de fruits : ce dernier droit n'est qu'une simple créance mobilière et personnelle qui n'oblige pas à contribuer aux frais de culture et autres.

Toullier, p. 349, fait remarquer que l'usager n'est point assujetti, comme l'usufruitier, au payement des contributions extraordinaires et aux dettes : la nature restreinte des droits d'usage a motivé cette différence ; d'ailleurs, la loi garde sur ce point un silence absolu. — Nous déciderons par les mêmes motifs qu'il n'est point tenu de l'intérêt des dettes.

636 — L'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières.

= *Voyez* le Code forestier promulgué le 31 juillet 1827.

(1) A Rome, le droit d'habitation n'était pas restreint aux besoins de celui qui avait ce droit.

RESUMÉ DU TITRE III.

DE L'USUFRUIT.

V. le sommaire (p. 696 et suiv.).

CHAPITRE Ier.

Règles générales.

Définition, art. 578 (*v.* p. 699).

L'usufruit existe dès qu'il est régulièrement concédé ou promis; il affecte la chose, encore que l'usufruitier ne soit pas entré en jouissance.

Il s'établit de deux manières : *par la loi* ou *par la volonté de l'homme* (art. 579) :

Par la loi, dans quatre cas :

1° En faveur de celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle sur les biens des enfants mineurs de 18 ans et non émancipés (384-389) :

2° Au profit de la société conjugale (1401-1528), si les époux sont mariés sous le régime de la communauté; ou au profit du mari, s'ils sont mariés sans communauté (1530-1533), ou s'ils ont adopté le régime dotal (1540-1549) :

3° Au profit des envoyés en possession provisoire des biens d'un absent (127) :

4° Enfin, en faveur du survivant des père et mère qui vient à la succession de son enfant en concours avec des collatéraux autres que les frères ou sœurs, ou les descendants d'iceux, il a l'usufruit du 1/3 des biens qui leur est dévolu en propriété (753-754).

L'usufruit peut être constitué par la volonté de l'homme de deux manières : par des conventions, ou par acte à titre gratuit.

Ce droit peut, en outre, s'établir par la prescription : il n'y a rien à conclure du silence des textes : puisqu'il n'est point excepté de la règle générale (2228), cette règle exerce son empire.

Mais quelle devra être la durée de la possession? En fait de *meubles*, possession vaut titre de propriété.—Si la chose a été perdue ou volée, la revendication est admise pendant trois ans, à partir de la perte ou du vol (2279). Point de difficultés à cet égard.

Quid lorsqu'il s'agit d'un immeuble? Après l'expiration de 30 années, le possesseur aura prescrit non-seulement l'usufruit, mais encore la nue propriété : pour que l'usufruit puisse être usucapé séparément, il faut donc supposer qu'il a été l'objet d'une concession émanée *a non domino;* alors il y a lieu à la prescription par dix et vingt ans, si le possesseur a été de bonne foi (2265).

Questions. — Le juge commettrait un excès de pouvoir s'il prenait sur lui d'attribuer, dans un partage, l'usufruit à l'une des par-

ties et la nue propriété à l'autre; l'égalité est de l'essence de ces sortes d'actes. (P. 703.)

Si un propriétaire vend *à terme* sa moisson pendante par racines, et lègue ensuite l'usufruit de l'immeuble, le prix devra être payé à l'héritier. (P. 703.)

Lorsque l'usufruitier a vendu sa récolte parvenue à maturité, s'il décède avant qu'elle soit enlevée, non-seulement le propriétaire pourra exiger le prix, mais encore il pourra s'opposer à l'enlèvement des fruits non détachés du sol; car l'efficacité de cette vente est subordonnée à la condition tacite que la perception aura lieu avant la fin de l'usufruit. (P. 703.)

L'usufruit peut être constitué *purement* et *simplement*, *à terme* (*ex die* ou *ad diem*), ou *sous condition*. — Il peut être constitué au profit de plusieurs personnes pour en jouir soit *simultanément*, soit *successivement*.

Au premier cas, le droit d'accroissement a lieu (en supposant, bien entendu, que l'usufruit ait été constitué par testament), conformément à la règle générale des articles 1044 et 1045.

Au deuxième cas, on voit dans la constitution autant d'usufruits successifs qu'il y a d'appelés : l'un est pur et simple; les autres sont subordonnés à la condition tacite que les appelés seront capables au moment où le droit s'ouvrira à leur profit. — Ces divers usufruits ont une existence propre et indépendante : chaque usufruitier est dès lors tenu, en prenant possession, de se conformer aux règles des articles 600 et 601, relatives à l'inventaire et à la caution.

Mais quel serait l'effet de la constitution faite au profit d'une personne et de ses héritiers? Distinguons : la disposition est à titre gratuit, ou elle est à titre onéreux : au premier cas, les appelés tiennent leur droit du constituant; par conséquent, si l'acte est entre-vifs, tous doivent exister et accepter; — si l'acte est testamentaire, les héritiers nés, ou du moins conçus au moment de la mort du constituant, peuvent seuls prétendre à l'usufruit (art. 901).

Il est même conforme à l'esprit de la loi de restreindre ici la signification du mot *héritiers* aux descendants de l'usufruitier. (P. 706.)

Si le droit a été constitué à titre onéreux, la question de savoir si les héritiers ont existé ou non au moment du contrat est indifférente, puisqu'ils agissent en vertu d'une stipulation qu'ils trouvent dans la succession de leur auteur. (P. 709.)

L'usufruit peut être établi sur tout ce qui est susceptible de procurer quelque utilité, profit ou agrément; sur des universalités comme sur des biens particuliers; sur des biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, non fongibles ou même *fongibles*.—Dans ce dernier cas, il prend le nom de *quasi-usufruit;* mais ce n'est là qu'un usufruit imparfait, puisqu'il n'impose pas l'obligation de conserver.

Nous disons que les biens incorporels peuvent être l'objet d'un droit d'usufruit : toutefois, il faut excepter les servitudes proprement

dites; car ces sortes de charges ne sont établies qu'en faveur du fonds, pour en faciliter l'exploitation; dès lors, elles ne peuvent être envisagées isolément. (P. 710.)

SECTION PREMIÈRE.

Droits de l'usufruitier.

Voy. le sommaire (p. 710).

L'usufruitier, ainsi que son nom l'indique, a le droit d'*user* et de *jouir;* il a *usus* et *fructus.*

Au premier titre, il retire de la chose tous les services qu'elle est susceptible de procurer : par exemple, l'usufruitier de meubles peut s'en servir pour ses besoins habituels; l'usufruitier de chevaux peut les atteler soit à une calèche, soit à la charrue, suivant qu'ils ont été livrés pour l'un ou l'autre usage.

Au deuxième titre, l'usufruitier peut prétendre à tous les fruits que produit la chose (582).

Distinction des fruits. — On distingue deux sortes de fruits : les *fruits naturels* et les *fruits civils : naturels*, lorsqu'ils sont produits par la chose même, suivant sa destination; *civils*, lorsqu'ils sont perçus à l'occasion de la chose. Les fruits naturels se divisent en fruits *purement* naturels et fruits industriels : cette subdivision est purement théorique (583-584).

Comment s'acquièrent les fruits. — Les fruits naturels s'acquièrent par la perception, quand ils sont parvenus à leur maturité. (Art. 585, p. 713.)

Les fruits non perçus font partie de la chose; ils passent avec cette chose entre les mains de ceux qui ont le droit d'en jouir.

Par suite, l'usufruitier devient propriétaire de tous les fruits qui sont pendants par racines au moment de l'ouverture de son droit; réciproquement, ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit appartiennent au propriétaire, sans récompense de part ni d'autre des labours et des semences : une compensation de chances s'établit entre eux. — Toutefois, nous parlons seulement des rapports établis entre le propriétaire et l'usufruitier; il va de soi que les tiers auxquels des frais sont dus ont une action contre celui qui profite des fruits, sauf ensuite le recours de ce dernier contre celui qui a commandé les travaux. (P. 714.)

Quant aux fruits civils, de quelque source qu'ils émanent, intérêts des capitaux, arrérages de rentes soit perpétuelles, soit viagères (art. 588, p. 718), loyers des maisons (sans même excepter les *fermages*, bien qu'ils représentent les fruits naturels; art. 584 et 586; *v.* p. 812), ils s'acquièrent jour par jour (art. 585, p. 715). A la fin de chaque jour de possession, le possesseur acquiert le droit d'exiger la 365e partie des fruits de l'année courante.

Les fruits ainsi définis et distingués, il nous suffira, pour déterminer plus en détail les droits de l'usufruitier, de faire aux diverses sortes de biens sur lesquels l'usufruit peut être établi l'application des principes posés.

Quasi-usufruit. — L'usufruitier devient propriétaire des choses qui se consomment par le premier usage (ou mieux des choses *fongibles*) ; il peut dès lors en disposer, puisqu'il n'a pas d'autre moyen d'en user; mais il doit rendre, à la fin de sa jouissance, des objets semblables, en même quantité et qualité ; si cela est impossible, il doit leur valeur : cette valeur se considère à l'époque de l'extinction du droit.

Nous supposons qu'il n'y a pas eu d'estimation faite dans l'inventaire : si l'estimation avait eu lieu, elle vaudrait vente; en conséquence, l'usufruitier, devenu débiteur d'une somme d'argent, ne pourrait se libérer par des restitutions en nature ; il devrait le prix porté à l'inventaire (587, p. 717).

Le quasi-usufruit est soumis, autant que sa nature le permet, aux mêmes règles que l'usufruit proprement dit ; il s'établit de la même manière; il impose *au quasi-usufruitier* des obligations semblables; enfin, il s'éteint, à quelques exceptions près, par les mêmes causes.

Questions. — Lorsque l'usufruit a pour objet un fonds de commerce, l'usufruitier devient propriétaire de ce fonds, s'il a été considéré comme chose fongible; *secùs*, s'il a été considéré comme être moral. Au premier cas, les créanciers peuvent le faire saisir et vendre; au deuxième cas, ils ne peuvent que l'exploiter. (P. 718.)

La restitution des marchandises se fait, à la fin de l'usufruit, soit en nature, soit en argent; car leur valeur vénale a été principalement considérée au moment de l'ouverture du droit. (P. 719.)

Usufruit des rentes viagères. — Une controverse s'était élevée autrefois sur la question de savoir en quoi consistait l'usufruit d'une rente viagère. Les auteurs du Code ont considéré ce droit comme un être moral; en conséquence, ils attribuent à l'usufruitier les arrérages qu'il produit. (Art. 588, p. 718.)

Question. — L'usufruitier d'une créance peut en recevoir le remboursement sans l'intervention du nu-propriétaire. (P. 719.)

Usufruit des choses mobilières qui se détériorent par l'usage. — Gardons-nous de les confondre avec celles qui se consomment (587) : l'usufruitier a le droit de s'en servir *suivant leur destination ;* à la fin de l'usufruit, il se libère en restituant ces choses dans l'état où elles se trouvent, quand même il n'en resterait que des débris; mais il répond des détériorations qui proviennent de sa faute. (Art. 589, p. 719.)

Usufruit des bois. — Les bois sont considérés tantôt comme fruits, tantôt comme faisant partie du fonds et produisant eux-mêmes des fruits.

On considère comme fruits :

1° Les coupes de bois taillis : — l'usufruitier, représentant du propriétaire, peut se les approprier, mais par la perception en temps utile; en d'autres termes, il doit observer l'ordre et la quotité des coupes conformément à *l'aménagement.*

S'il avait fait une coupe anticipée, il devrait une indemnité au propriétaire : cette indemnité serait de la valeur des arbres lors de la coupe. — Comme les fruits naturels ne s'acquièrent que par la perception, il est clair que l'usufruitier ne peut prétendre à aucune indemnité pour les coupes ordinaires qu'il n'a pas faites avant l'extinction de son droit, en eût-il été empêché par un cas de force majeure : les fruits naturels se confondent avec le fonds lui-même tant qu'ils adhèrent au sol. (Art. 590, p. 721.)

Question. — Si l'ordre des coupes n'a pas été suivi, l'usufruitier ne peut compenser l'indemnité dont il est tenu pour celles qu'il a faites mal à propos, avec le montant des coupes qu'il a négligé de faire. (P. 722.)

2° Les arbres que l'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader, à charge de remplacement pour conserver la substance de la pépinière;

3° Les coupes de bois de haute futaie, si toutefois ces bois ont été mis en *coupe réglée :* bien entendu, en se conformant à l'aménagement, ou mieux, dans l'espèce, à l'usage constant des *anciens propriétaires.* (Art. 591, p. 722.)

Question. — L'usufruitier peut faire abattre même les baliveaux, si tel était l'usage des anciens propriétaires. (P. 722.)

Quant aux arbres de haute futaie *non aménagés*, ils appartiennent exclusivement au propriétaire ; on les considère comme des capitaux mis en réserve : l'usufruitier ne pourrait donc y toucher, lors même qu'ils seraient abattus par accident. Son droit se borne à la perception des produits périodiques qu'on est dans l'usage d'en retirer.—La loi ne distingue pas entre les arbres morts et les arbres vifs.

Toutefois, comme l'usufruitier jouit comme le propriétaire, il peut employer les arbres arrachés ou brisés par accident à la confection des travaux dont il est tenu, et même en faire abattre pour cet objet; mais alors à charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire.

Il ne peut se servir, même pour son chauffage, des branchages qui restent après l'emploi du corps de l'arbre. (Art. 592, p. 723.)

Questions. — Le propriétaire peut faire couper pendant la durée de l'usufruit les arbres de haute futaie qui sont menacés de périr. (P. 724.)

L'indemnité due par l'usufruitier qui a fait abattre sans droit des arbres de haute futaie n'est exigible qu'à la fin de l'usufruit. (P. 724.)

Usufruit des mines et carrières. — Appliquez les règles que nous venons d'établir sur les futaies. L'usufruitier perçoit à son profit les produits de celles qui sont en exploitation au moment de l'ouverture de son droit, en se conformant à l'usage du propriétaire ; mais son titre ne l'autorise pas à en faire ouvrir. (Art. 598, p. 727.)

Questions. — L'usufruitier pourrait, en vertu d'une autorisation du gouvernement, ouvrir une carrière pour en extraire les

matériaux nécessaires aux réparations dont il est tenu comme usufruitier. (P. 728.)

Il aurait droit à l'usufruit de l'indemnité qui, aux termes des articles 6 et 42 de la loi de 1810, doit être payée par le concessionnaire au propriétaire de la superficie. (P. 728.)

Etendue des droits de l'usufruitier.—Tous les fruits appartiennent à l'usufruitier : peu importe dès lors qu'il jouisse par lui-même ; il peut donner à ferme ou à loyer les biens soumis à son droit, en se conformant toutefois, pour la durée et pour le renouvellement des baux, aux règles des articles 1429 et 1430 ; bien plus, il peut vendre, céder son droit et même l'hypothéquer quand la chose est immobilière ; mais les effets de la vente, de la cession, ou de l'hypothèque, s'évanouissent, par le seul effet de la loi, au moment où l'usufruit s'éteint.

Les baux consentis par l'usufruitier sont obligatoires pour le propriétaire, pourvu que les règles et conditions tracées par les articles 1429 et 1430 aient été observées.

Quant aux baux existant au moment de l'ouverture du droit, l'usufruitier doit les respecter, quelles que soient leur durée et l'époque à laquelle ils ont été passés : le propriétaire pouvait disposer de sa chose ; il a pu, dès lors, aliéner par anticipation, pour un temps prolongé, les fruits qu'elle produira. (Art. 595, p. 724.)

Nul doute que l'usufruitier aurait la faculté de donner à loyer les meubles soumis à son droit, s'ils étaient destinés à cet usage ; mais quelle serait alors la durée de la location ? On appliquerait rigoureusement la maxime : *Resolutojure dantis, resolvitur jus accipientis.* La loi n'a fait exception à cette règle que pour les fermages. (P. 726.)

Questions. — On ne peut assimiler à une location la vente, faite par l'usufruitier, d'une coupe de bois ou de récoltes sur pied : non-seulement le propriétaire aura le droit d'exiger le prix si l'usufruit s'éteint avant la perception, mais encore il pourra considérer cette vente comme non avenue. (P. 727.)

La nullité des baux renouvelés avant l'époque déterminée, et dont l'exécution n'a pas encore commencé, peut être invoquée même par le preneur. (P. 727.)

Droits accessoires de l'usufruitier. — L'usufruitier jouit comme le propriétaire ; il peut donc retirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer, sous la seule condition d'en conserver la substance :

Ainsi, bien que l'usufruitier ne puisse, en règle générale, toucher aux arbres de haute futaie, il perçoit à son profit les fruits qu'ils produisent : ces fruits consistent en glands, olives, noix, pommes, etc.

Par suite, la loi déclare qu'il peut prendre dans les bois des échalas pour les vignes soumises à sa jouissance, en se conformant à la coutume des propriétaires. (Art. 593, p. 129.)

Quant aux arbres fruitiers, sa jouissance est bornée à la perception des fruits. Toutefois, les arbres qui meurent ou qui sont brisés par

accident (à la différence de ce qui est établi pour les futaies) lui appartiennent, à charge toutefois de remplacement. (Art. 594, p. 729.)

Il jouit (conformément à la maxime : *Accessorium sequitur principale*) de tous les accessoires qui étaient attachés à la chose au moment où le droit s'est ouvert, et même des accroissements qu'elle a reçus pendant la durée de l'usufruit : non-seulement de ceux produits par alluvion (art. 596), mais encore des avantages résultant de toute autre cause, sans qu'il y ait lieu de distinguer si cette chose est mobilière ou immobilière. (Art. 596, p. 731.)

Questions. — Si un fleuve ou une rivière enlève par une force subite une partie reconnaissable d'un fonds riverain, et la porte sur un terrain inférieur, l'usufruitier peut, comme le propriétaire lui-même, exercer l'action en revendication. (P. 732.)

L'usufruitier jouit de la portion du terrain apportée par le torrent et non répétée par le propriétaire primitif. (P. 732.)

Il jouit des îles et îlots formés dans le lit d'une rivière non navigable ni flottable. (P. 732.)

Si la rivière a changé de lit, il jouit du lit abandonné. (P. 733.)

Enfin, l'usufruitier jouit généralement de toutes les servitudes dont le propriétaire peut jouir. (Art. 597, p. 732.)

Droits et obligations du propriétaire. — Le propriétaire a le droit d'exiger que l'usufruitier remplisse les obligations que lui impose son titre, et il conserve tous les attributs de la propriété qui sont compatibles avec l'usufruit concédé, sans excepter les actes conservatoires, lors même qu'ils consisteraient en grosses réparations ou en travaux d'amélioration.—Ses obligations sont *positives* ou *négatives :* positives, quand elles consistent à faire : par exemple, il doit mettre l'usufruitier en possession ; négatives, quand elles consistent à s'abstenir de certains actes : il doit notamment s'abstenir de tout acte qui pourrait gêner l'usufruitier dans l'exercice de son droit.

De son côté, l'usufruitier a le droit de faire des améliorations, c'est-à-dire, des ouvrages de nature à augmenter le produit, l'utilité ou la jouissance du fonds, sans en changer toutefois la substance ; mais toute action *en indemnité* lui est refusée, quand même ces travaux auraient ajouté plus de valeur au fonds ; il peut seulement enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il a fait placer, à charge de rétablir les lieux dans leur premier état. (Art. 599, p. 733 et 770.)

L'usufruit se réunit de plein droit à la nue-propriété au moment où le droit de l'usufruitier cesse. Une simple sommation suffirait, en conséquence, pour que le détenteur fût tenu de délaisser.

Questions. — On ne peut considérer comme des *améliorations*, dans le sens de l'article 599, les constructions ou plantations

faites par l'usufruitier; il y a lieu en ce cas d'appliquer l'article 555. (P. 734.)

Le cessionnaire de l'usufruit jouit des mêmes droits que l'usufruitier. (P. 737.)

SECTION II.

Obligations de l'usufruitier.

Voy. le sommaire (p. 736).

L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles se trouvent; il doit les rendre, à la fin de l'usufruit, non détériorées par son dol ou par sa faute.

Obligations imposées à l'usufruitier lorsqu'il entre en jouissance.

L'usufruitier doit *faire dresser un inventaire des meubles et un état descriptif des immeubles.*

Tous les meubles, quelle que soit leur nature (fongibles ou non fongibles), doivent être inventoriés. — Quels sont les effets du défaut d'inventaire? Le nu-propriétaire peut s'opposer à ce que l'usufruitier entre ou soit maintenu en possession.

Quid s'il a conservé cette possession? On distingue : lorsque l'usufruitier a possédé au vu et su du propriétaire, ce dernier n'est admis à prouver la consistance et valeur des objets dont l'usufruitier a joui que par titres et par témoins; si l'usufruitier a possédé contre le gré du propriétaire ou à son insu, la voie de commune renommée est ouverte contre lui. (Arg. de l'art. 1415).

Le défaut d'acte descriptif des immeubles n'a pas les mêmes conséquences; l'usufruitier est *présumé* les avoir reçus en bon état, voilà tout.—Nous pensons que le propriétaire pourrait employer la commune renommée pour établir l'importance des objets mobiliers non inventoriés, immobilisés par destination, sauf la preuve contraire à faire par l'usufruitier.

Que faut-il décider relativement aux fruits, toujours en supposant le défaut d'inventaire et d'état descriptif? Ils appartiennent à l'usufruitier lorsqu'il a joui au vu et su du propriétaire, sans opposition de sa part, et même, selon nous, lorsqu'il a possédé à l'insu de ce dernier ou contre son gré.

Les frais d'inventaire et d'état des immeubles sont à la charge de l'usufruitier, puisque c'est à lui que l'obligation est imposée. (Art. 600, p. 739.)

Questions. — Le testateur peut, en constituant un usufruit, dispenser l'usufruitier de faire inventaire. Toutefois, cette dispense ne produit d'effet qu'autant qu'il n'existe pas d'héritier à réserve au moment du décès du disposant. (P. 741.)

Dans tous les cas, les héritiers conserveraient la faculté de faire dresser cet acte *à leurs frais*, nonobstant toute défense qui leur aurait été faite à cet égard par leur auteur. (P. 741.)

L'usufruitier doit donner caution de jouir en bon père de famille.— On nomme *caution*, la personne qui répond de la dette d'une autre. La caution doit réunir les conditions prescrites par les articles 2018-2020. Si l'usufruitier ne peut trouver de caution, il est admis à donner un gage (2041), ou même une hypothèque.

Il va de soi que le cautionnement n'est pas fourni pour la valeur totale des biens soumis à l'usufruit, mais seulement pour le montant de ce que l'usufruitier pourra devoir par suite d'une jouissance abusive.

L'usufruitier est dispensé, dans quatre cas, de donner caution : 1° lorsque cette dispense résulte du titre constitutif de l'usufruit ;—2° lorsqu'il s'agit de la jouissance accordée par la loi aux père et mère sur les biens de leurs enfants non émancipés qui n'ont pas encore atteint leur 18e année (384);—3° lorsque la chose a été vendue ou donnée avec réserve d'usufruit : on ne présume pas que le vendeur ou le donateur ait consenti à s'imposer cette obligation ;—la position du vendeur ou du donateur de l'usufruit, avec réserve de la nue-propriété, est toute différente; il peut, sans aucun doute, exiger caution de l'acheteur ou du donataire ;—4° enfin, le mari est dispensé de donner caution tant qu'il a la jouissance légale des biens de sa femme. (Art. 601, p. 744.)

Question. — Le testateur ou le donateur qui dispose du droit d'usufruit peut faire remise au légataire ou au donataire de l'obligation de fournir caution, s'il n'a pas d'héritier à réserve. (P. 744.)

L'impossibilité où pourrait se trouver l'usufruitier de fournir caution ne le prive pas de son droit : des mesures sont déterminées pour concilier ses intérêts avec la garantie due aux propriétaires ; on arrive à ce résultat par les moyens suivants :

Les immeubles sont donnés à ferme ou confiés à un séquestre : au premier cas, l'usufruitier perçoit les fermages;—au deuxième cas, le séquestre, après avoir prélevé ses débours sur les fruits, remet le surplus à l'usufruitier. — Les sommes comprises dans l'usufruit sont placées. — *Les denrées* (ou autres choses fongibles) sont vendues, et le prix qui en provient est également placé; dans l'un et l'autre cas, l'usufruitier touche les intérêts.

Questions. — Pour tout ce qui est *quasi-usufruit*, la perte résultant de l'insolvabilité des tiers retombe sur l'usufruitier. — Pour tous autres objets, elle est supportée par le propriétaire, conformément à la règle *Res perit domino.* (P. 745.)

Le propriétaire n'est pas dans l'alternative de faire vendre les meubles, ou de les abandonner à l'usufruitier qui ne trouve pas de caution ; il peut en conserver la possession et se borner à payer à l'usufruitier l'intérêt du prix estimatif. (P. 745.)

Quant aux meubles qui dépérissent par l'usage, ils sont également vendus comme les denrées ou autres choses fongibles : toutefois le tribunal peut, en considération des circonstances, ordonner que certains meubles

nécessaires pour l'usage personnel de l'usufruitier lui seront laissés sous sa simple caution juratoire, à charge de les représenter lors de l'extinction de son droit. (Art. 603, p. 746.)

La loi garde le silence sur les créances et sur les rentes; elle n'avait point à s'en occuper, puisque ces sortes de droits supposent nécessairement un placement: l'usufruitier perçoit les intérêts; mais il ne peut, sans le concours du propriétaire, recevoir le remboursement du capital. Ce dernier agira prudemment, néanmoins, en faisant aux débiteurs, par acte d'huissier, défense de se libérer hors sa présence ou à son insu.

Il nous reste à rappeler que le cautionnement n'est qu'une garantie contre les abus de jouissance: l'impossibilité de satisfaire au vœu de la loi ne saurait dès lors emporter déchéance contre l'usufruitier, ni même le priver des fruits; les fruits appartiennent à l'usufruitier *du moment où l'usufruit a été ouvert*, c'est-à-dire, du jour où il aurait dû être mis en possession : ce qui suppose la nécessité de la délivrance. (Art. 604, p. 746.)

Obligations de l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance.

Voy. le sommaire (p. 747).

Charges de l'usufruitier en ce qui touche les réparations. — On distingue les *grosses réparations* des *réparations d'entretien* : les grosses réparations sont déterminées par l'article 606; toutes autres dont il ne parle pas sont réputées *réparations d'entretien.* — Observons toutefois que la loi se borne à indiquer les grosses réparations par rapport aux constructions : cette énumération n'est donc pas limitative; pour tout autre objet, on doit prononcer par analogie (p. 752).

Il est bien difficile de caractériser les réparations d'entretien; tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il faut en général considérer comme telles celles qui reviennent périodiquement.

Les grosses réparations sont à la charge du propriétaire; l'usufruitier supporte les réparations d'entretien. L'un et l'autre sont réciproquement responsables des suites de leur négligence; hors ce cas, ils peuvent s'affranchir de l'obligation de réparer en renonçant à leur droit, car ils ne sont obligés que *propter rem* (art. 605, p. 748).

C'est une question controversée que celle de savoir si l'usufruitier peut se décharger des réparations survenues pendant sa jouissance en tenant compte des fruits qu'il a perçus depuis que les réparations sont devenues nécessaires. Nous ne pensons pas qu'il ait cette faculté; selon nous, en percevant les fruits, il s'est engagé personnellement à remplir les obligations attachées à sa jouissance. (P. 749.)

Questions. — L'usufruitier n'est pas tenu des réparations qui étaient à faire lors de l'ouverture de son droit; il prend les choses dans l'état où elles se trouvent. (P. 750.)

Il ne peut contraindre le nu-propriétaire à faire les grosses réparations devenues nécessaires pendant la durée de l'usufruit. (P. 750.)

L'usufruitier peut faire les grosses réparations, sauf à en répéter le montant (nonobstant l'art. 599) lors de l'extinction de son droit, à moins qu'il ne résulte des circonstances qu'il n'a réparé que dans son intérêt personnel, pour l'exercice de sa jouissance. (P. 759.)

Au surplus, ni le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de *rebâtir* (ou mieux, de réparer) ce qui est tombé de vétusté ou ce qui a été détruit par cas fortuit. (Art. 607, p. 753.)

Point de difficultés quand il s'agit de *grosses réparations*. — Mais la règle, appliquée aux réparations d'*entretien*, a été différemment interprétée : au premier abord, une antinomie semble exister entre les articles 605 et 607; selon nous, l'usufruitier est tenu de toutes les réparations d'entretien en général, même de celles qui sont occasionnées par vétusté ou force majeure, à moins que les réparations ne soient tellement considérables, que les frais excéderaient la valeur de ce qui est encore en état de servir. (P. 754.)

Obligations de l'usufruitier en ce qui touche les charges et les dettes. —L'usufruitier même à titre particulier est tenu des charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions; il y a même pour lui obligation personnelle, car c'est son nom qui est porté sur les rôles. (Article 608, p. 255.)

A l'égard de celles qui peuvent être imposées extraordinairement *sur la propriété*, le propriétaire en est débiteur direct : mais comme elles frappent à la fois sur la nue-propriété et sur la jouissance, l'usufruitier doit contribuer à ce payement. — Trois combinaisons peuvent se présenter :

Si le montant des charges est acquitté par le propriétaire, l'usufruitier lui tient compte de l'intérêt;

Si l'usufruitier en fait l'avance, il a contre le nu-propriétaire, lors de l'extinction de son droit, une action en remboursement du capital, mais sans intérêt;

Si les charges imposées ne sont acquittées ni par le propriétaire ni par l'usufruitier, l'État fait vendre : le nu-propriétaire perd alors son capital, et l'usufruitier est privé des fruits. (*V.* p. 757.)

A l'égard des dettes laissées par le constituant et des charges qu'il a créées; par exemple, quand il a fait des legs particuliers (1009, 1012, 1013), l'usufruitier universel ou à titre universel contribue pour les intérêts, suivant les divers modes que nous venons d'indiquer; — quant à l'usufruitier à titre particulier, il n'en est pas tenu : si par suite de l'action hypothécaire il est forcé de payer les dettes auxquelles le fonds était hypothéqué, il se trouve subrogé, par l'effet de la loi (1251), aux créanciers qu'il a désintéressés; en conséquence, il peut recourir, tant pour le capital que pour les intérêts, contre ceux qui sont tenus personnellement de ces dettes, suivant leurs qualités (611).

L'usufruitier universel ou à titre universel, disons-nous, doit contribuer pour les intérêts au payement des dettes et charges : aucune difficulté ne peut s'élever lorsque l'usufruit est d'une quote-part déter-

minée, telle que la moitié, le tiers, le quart; mais lorsqu'il a pour objet tous les meubles, tous les immeubles, ou une quote-part des meubles ou des immeubles, il faut estimer tout le patrimoine et faire une ventilation. (P. 762.)

Il nous paraît hors de doute que les créanciers de la succession auraient une action directe contre le légataire de l'usufruit universel ou à titre universel, en payement des intérêts échus depuis l'ouverture de la succession. (P. 763.)

Les arrérages des rentes viagères, de même que ceux des rentes perpétuelles, sont considérés comme charges de fruits; par conséquent, ils sont supportés par l'usufruitier universel ou à titre universel, sans recours contre le propriétaire ou les héritiers; ce qui ne veut pas dire, cependant, que le créancier de la rente n'aurait pas d'action *directe* contre l'héritier: c'est toujours ce dernier, en définitive, qui représente le défunt, et qui se trouve dès lors spécialement tenu d'exécuter ses volontés, sauf son recours contre l'usufruitier. (Art. 610, p. 764). *Voyez* au surplus le sommaire (p. 758).

Usufruit sur les animaux.

Si l'usufruit n'est établi que sur un ou plusieurs animaux déterminés, chacun d'eux est l'objet d'un droit spécial; dès lors, ces divers droits s'éteignent successivement à mesure que les animaux périssent. L'usufruitier n'est pas tenu de remplacer les animaux par les jeunes têtes qui ont pu survenir. (Art. 615, p. 767.)

La règle est différente lorsque l'usufruit a pour objet un troupeau : la loi veut que les produits encore existants entre les mains de l'usufruitier au moment où quelques-uns périssent, servent à recomposer le troupeau. —La loi, évidemment, suppose que le nombre de têtes dont le troupeau se composait originairement a été déterminé; autrement, il n'y aurait pas de nombre à compléter. (Art. 616, p. 766.)

Questions. — L'usufruitier n'est pas tenu d'acheter des animaux pour remplacer ceux dont il a disposé pendant que le troupeau était au complet, si depuis lors des animaux ont péri. (P. 768.)

L'usufruitier doit remplacer non-seulement les têtes mortes, mais encore celles qui sont décrépites et cassées de vieillesse. (P. 769.)

Il va de soi que l'usufruitier ne répond ni des cas fortuits ni de la force majeure.

Procès. — Conservation de la chose.

L'usufruitier supporte les frais des procès relatifs à l'exercice de son droit et les condamnations qui peuvent en résulter.—Le nu-propriétaire, de son côté, est tenu des suites du procès qui concernent la nue propriété. (Art. 613, p. 605.)

Si le procès concerne la propriété et la jouissance, l'une et l'autre

doivent supporter concurremment les frais, mais sous certaines distinctions. (*V.* p. 605.)

Dans tous les cas où l'usufruit a été constitué à titre onéreux, l'usufruitier peut se faire indemniser du trouble de droit apporté à sa jouissance.

L'usufruitier manquerait à l'obligation qui lui est imposée de jouir en bon père de famille, s'il négligeait de prévenir le propriétaire des prétentions qu'élèverait un tiers à la propriété de quelque partie du fonds, ou bien encore si la chose avait besoin de grosses réparations. — La loi ne détermine pas le délai dans lequel doit être donné cet avertissement; le juge est appréciateur des circonstances. (Art. 614, p. 766.)

Question. — L'usufruitier peut, en son nom, interrompre la prescription; cette interruption profitera au nu-propriétaire.

SECTION III.

Comment l'usufruit prend fin.

L'usufruit s'éteint de dix manières :

1° *Par la mort naturelle* de l'usufruitier, et même, selon nous, par la mort civile, à moins de stipulation contraire; auquel cas le droit est exercé jusqu'à la mort naturelle par les héritiers de l'usufruitier. (P. 771.)

2° *Par l'expiration du terme* pour lequel l'usufruit a été accordé : le droit s'éteint de plein droit dès que le terme est arrivé. On peut prendre pour terme la vie d'un tiers; mais il ne faut pas confondre ce cas avec celui où l'usufruit aurait été accordé jusqu'à ce qu'un tiers eût atteint un âge fixe : le droit durerait alors, nonobstant la mort de ce tiers, jusqu'à l'époque fixée; il s'agirait d'une question d'intention (art. 620). —La règle est différente lorsque l'extinction est subordonnée à une condition : il faut alors recourir à l'autorité du juge pour la faire prononcer.

3° *Par la consolidation*, c'est-à-dire, lorsque l'usufruitier acquiert la nue-propriété d'une manière incommutable.

4° Par le non-usage du droit pendant 30 ans.

5° *Par la prescription :* il faut trente ans de possession pour acquérir ce droit; ou dix ou vingt ans, suivant les cas, lorsque le possesseur a titre et bonne foi.

Cette cause d'extinction ne peut concerner que les immeubles : l'usufruit des meubles corporels s'éteint dès que l'usufruitier a cessé de les posséder; car, en fait de meubles, possession vaut titre.

6° *Par la perte totale de la chose* objet du droit d'usufruit. (P. 715.) La perte est considérée comme totale quand la substance de la chose est changée. (Art. 623-624.)

7° Par une jouissance de trente ans, si l'usufruit est accordé à une commune ou à un établissement public : le terme de trente ans est pour

l'usufruit conféré à une personne morale, ce qu'est le terme de la vie pour l'usufruit conféré à des particuliers. (Art. 619, p. 720.)

Question.—On ne peut, par des conventions, étendre à plus de trente ans l'usufruit conféré à une personne morale. (P. 721.)

8° Par l'abus de la jouissance. — Les tribunaux ont sur ce point un pouvoir absolu d'appréciation.

Les créanciers ont le droit d'intervenir dans l'instance comme ayant l'exercice des actions de leur débiteur (1166), pour offrir une indemnité et des garanties.—L'usufruitier peut, de son côté, faire les mêmes offres au propriétaire.

Le tribunal, appréciateur souverain des circonstances, peut, suivant les cas, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou ordonner, sous certaines conditions toutefois, la rentrée du propriétaire dans la jouissance. (Art. 618, p. 717.)

La déchéance pour abus de jouissance entraîne, comme toutes les autres causes de résolution, l'anéantissement des droits que l'usufruitier a conférés sur l'immeuble.

Question. — La déchéance pour abus de jouissance, et les autres mesures que prescrit l'article 618, s'appliquent, suivant la nature de la chose objet du droit d'usufruit, non-seulement aux immeubles, mais encore aux biens mobiliers.

9° Par la renonciation de l'usufruitier à son droit: mais les créanciers peuvent attaquer la renonciation faite à leur préjudice, c'est-à-dire, selon nous, faite en fraude de leurs droits (622).

10° Enfin, par la résolution du droit de celui qui a constitué l'usufruit : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

Toutes les causes d'extinction que nous venons d'énumérer ne sont point applicables au *quasi-usufruit.* (*V.* p. 717.)

CHAPITRE II.

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

Voy. le sommaire (p. 784).

Règles communes aux droits d'usage et d'habitation. (P. 785.) — Ces droits, tels que nous les comprenons sous l'empire de nos lois, ne sont, en réalité, que des usufruits plus ou moins restreints. On peut poser comme règle qu'ils s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit. (Art. 625.)

Observons toutefois : 1° qu'ils ne résultent jamais de la loi ; 2° qu'ils ne sont pas soumis à la règle de l'article 619. (P. 786.)

La personne appelée à en profiter doit, comme l'usufruitier, jouir en bon père de famille; par conséquent, donner caution et fournir les mêmes sûretés et garanties. (Art. 626 et 627, p. 786.)

En ce qui concerne l'usager, nous supposons qu'il doit être mis en possession : telle est la règle générale ; mais on peut valablement déroger à cette règle.

En effet, c'est dans le titre constitutif qu'il faut, avant tout, chercher la limite du droit : le Code ne statue que pour le cas de silence du titre ; par conséquent, s'il est stipulé que l'usager recevra des mains du propriétaire les fruits nécessaires à ses besoins, la possession reste à ce dernier ; l'usager se trouve alors avoir *fructus sine usu.* (Art. 628, p. 788.)

On admet généralement (la raison d'ailleurs le veut ainsi) que le propriétaire doit conserver la possession lorsque l'usager n'absorbe qu'une faible partie des fruits, ou lorsque l'exploitation nécessite des connaissances spéciales que ne possède pas l'usager.

Il va de soi que, si l'usager n'est pas mis en possession, il n'a point à dresser d'inventaire ou d'état de situation, et qu'il est dispensé de donner caution.

Question. — En l'absence de toute stipulation contraire, l'usager peut vendre ou donner les fruits qu'il a perçus, ou qui lui ont été délivrés pour ses besoins. (P. 789.)

Du droit d'usage. — L'usage donne droit à tous les fruits d'un fonds, mais seulement dans la mesure des besoins de l'usager, besoins dont on ne peut séparer ceux de sa famille.

On entend ici par *famille*, le conjoint, les enfants, les serviteurs, et tous les parents qui vivent avec l'usager et auxquels il doit des aliments. (P. 790.)—Comme la famille peut augmenter ou diminuer, l'étendue des droits de l'usager varie suivant ses besoins.

Questions. — L'usager perçoit, *à priori*, sur le produit brut, ce qui est nécessaire à ses besoins et à ceux de sa famille, à charge de contribuer ensuite aux charges usufructuaires : c'est ainsi que doivent se concilier les articles 630, 635. (P. 792)

La distinction que faisait la loi romaine entre le droit d'habitation et l'usage des bâtiments n'est pas admise sous l'empire du Code. (P. 792.)

Si l'usager a fait sur le fonds des améliorations, on applique la règle générale de l'article 555. (P. 792.)

L'usager ne peut, à la différence de l'usufruitier, ni céder, ni louer, ni hypothéquer son droit, encore qu'il absorbe la totalité des fruits.

L'usage d'une somme d'argent ou autre chose fongible se confond avec le quasi-usufruit.

Du droit d'habitation.—Le droit d'habitation se réduit, pour celui qui en jouit, au droit d'occuper la maison avec sa famille : son étendue se règle sur les besoins de la personne, comme celle de l'usage d'un fonds ; par conséquent, il ne peut être ni cédé ni loué. (Art. 632-634.)

Les droits d'usage et d'habitation n'étant, ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois, que des droits d'usufruit restreints, et comprenant en totalité ou en partie les avantages que l'on peut retirer de la chose, le législateur a trouvé juste de soumettre ces droits, dans la même proportion, aux charges usufructuaires. (Art. 635.)

L'usage des bois et forêts est soumis à des règles particulières.

TITRE IV.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

(Décrété le 31 janvier 1804, promulgué le 10 février.)

Nous avons déterminé, dans le titre précédent, les principaux caractères des servitudes en général : nous avons vu que ce sont des choses incorporelles, car elles ne consistent que dans un droit, et qu'elles constituent des démembrements de la propriété sur laquelle elles pèsent, puisqu'elles restreignent ses attributs.

Nous avons distingué deux espèces de servitudes :

1° Les servitudes *personnelles*, c'est-à-dire, celles qui sont dues à la personne ;

2° Les servitudes *réelles* (ou services fonciers), ainsi appelées parce que ce sont des droits, des appartenances, des dépendances de l'héritage dominant ; parce qu'elles suivent cet héritage entre les mains des divers détenteurs ; en un mot, parce qu'elles ne constituent ni une propriété, ni une copropriété, mais une manière d'être de la propriété.

Comme la loi n'a point qualifié de servitudes les charges établies en faveur d'une personne, il s'ensuit que cette expression employée seule ne s'entend que des services fonciers.

Souvent il est difficile de reconnaître si le droit revendiqué constitue une servitude ou une copropriété : les tribunaux doivent alors prononcer eu égard aux circonstances.

Les auteurs du Code ont réuni, dans le premier et le deuxième chapitre, plusieurs dispositions qui sont plutôt relatives aux droits et aux obligations sur le voisinage qu'aux servitudes proprement dites : telles sont notamment celles qui concernent le bornage et le droit de se clore.

La loi détermine dans les articles 637-639 le caractère et les sources des servitudes ; puis elle s'occupe, dans trois chapitres particuliers, des servitudes qui dérivent de la situation des lieux, de celles qui sont établies par la loi, et de celles qui proviennent du fait de l'homme.

On nomme *héritage dominant*, le fonds à qui est due la servitude ;— *héritage servant*, celui qui la doit. — La loi n'exige pas que les héritages soient contigus, ni même qu'ils soient voisins : il suffit que l'un puisse tirer de l'autre des avantages réels.

637 — Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.

= Cette définition est exacte et complète ; elle renferme en peu de mots les quatre caractères essentiels de la servitude.

Une servitude est *une charge :* car elle est onéreuse pour le fonds grevé, et diminue d'autant sa valeur.—Mais la servitude est un *droit* relativement à l'héritage à qui elle est due : *droit* et *servitude* sont deux termes corrélatifs : par exemple, la faculté de passer sur le fonds du voisin est un droit ; l'obligation de souffrir ce passage est une charge.

Cette qualification de *charge* démontre suffisamment que la servitude ne doit être confondue ni avec la propriété superficielle ou souterraine, laquelle réunit tous les caractères et produit tous les effets d'une propriété ordinaire (*voy.* art. 553) ; ni avec la propriété indivise, soit que l'indivision puisse cesser par l'effet d'un partage ou d'une licitation (1815), soit qu'elle subsiste par la nature des choses ou par l'autorité de la loi. — D'une part, l'exercice du droit de propriété est plus étendu que l'exercice d'une servitude ; — d'autre part, ces droits sont soumis à des règles différentes, quant à leur acquisition, à leur conservation et à leur extinction.

Du principe que la servitude est une charge, et non une portion du fonds, *non pars substantiæ fundi*, *sed accidens*, il résulte : 1° qu'elle n'est pas susceptible d'hypothèque ; — 2° que l'acte par lequel on confère un droit de servitude n'est pas assujetti à la transcription (939, 2181) ; — 3° que cet acte n'est pas résoluble par voie d'enchère (2185 C. C.) ; — 4° enfin, que l'acquéreur n'a pas à craindre les suites de la sommation dont il est parlé art. 2183. — La servitude, à la différence de l'hypothèque, s'établit suffisamment par titre, encore que ce titre n'ait reçu aucune publicité, pourvu que l'acte ait acquis date certaine au moment où un tiers devient propriétaire du fonds assujetti. (Dur., n° 564 ; *voy.* Solon, n°s 2 et suiv.)

Imposée sur un héritage (1), — c'est-à-dire, sur des immeubles par nature, susceptibles d'une propriété privée, sur des immeubles *réels et non* fictifs, tels que le droit d'usufruit.

Du principe que la servitude est due par la chose et non par la personne, il résulte :

1° Qu'elle s'éteint par la destruction de cette chose, mais qu'il est contre sa nature de cesser par la mort du propriétaire ;

2° Que la servitude ne consiste, de la part du propriétaire du fonds servant, qu'à souffrir l'exercice du droit de servitude et à ne pas faire ; car un fonds ne peut être obligé à faire ou à donner.—Cette règle, puisée dans le droit romain et adoptée comme axiome par tous les auteurs, est consacrée par les art. 697 et 699 du Code civil (*voy.* pourtant l'art. 698).

Ainsi, on ne saurait imposer, à titre de servitude, au propriétaire d'un héritage voisin, la charge de planter sur cet héritage des arbres ou des bosquets : une pareille convention ne constituerait qu'une obligation.

Il faut donc se garder de confondre les servitudes avec les obligations : la servitude suit l'immeuble entre les mains des divers posses-

(1) Dans son acception primitive, le mot *héritage* désigne tout ce qu'on acquiert par voie de succession. — Dans les anciennes coutumes, ce mot a été employé pour signifier les immeubles réels. C'est en ce sens qu'il est employé par le Code.

seurs; l'obligation ne lie que la personne qui s'est obligée et ses héritiers; elle confère au créancier le droit d'exiger qu'une chose soit faite ou donnée. — Le propriétaire du fonds servant ne peut forcer le propriétaire du fonds dominant à consentir l'extinction de la servitude ; car la servitude est un démembrement de la propriété, et nul ne peut être forcé de vendre sa chose; l'obligation s'éteint par le payement. — La servitude procure un droit réel ; l'obligation donne au créancier une action personnelle ; — on peut forcer le propriétaire à souffrir l'exercice d'une servitude ; l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts.

3° *Pour l'utilité d'un autre héritage.*—C'est là ce qui distingue principalement le servitudes des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation.

Nonobstant ces mots : *pour l'utilité*, il est certain que le simple agrément suffirait (1), car la valeur du fonds se trouverait alors augmentée.

Nul ne peut établir de servitudes qui ne seraient d'aucune utilité possible pour son héritage : mais il n'est pas nécessaire que l'utilité soit actuelle ; on peut fort bien stipuler une servitude pour un bâtiment que l'on se propose de construire; par exemple, un droit de vue (2).

Nous avons dit que la loi ne reconnaît pas de servitudes personnelles : mais il ne s'ensuit pas que l'existence d'une servitude ne puisse être limitée, par exemple, à la vie du possesseur actuel : la perpétuité n'est pas de l'essence, mais de la nature des servitudes (3).

Du principe que la servitude est due à l'héritage, il résulte : 1° que le nouveau propriétaire du fonds pourrait user de la servitude, quand même il n'en serait pas fait mention dans l'acte d'acquisition : la servitude, en effet, est une qualité, une manière d'être de la propriété ; — 2° que la servitude ne s'éteint point par la mort de celui qui l'a consentie ; — 3° qu'elle est due à chaque partie de l'héritage dominant, et qu'elle affecte également chaque partie du fonds servant : ce droit est par conséquent indivisible dans son essence, puisque chaque partie de l'héritage dominant en use pour le tout dans la limite qui lui est propre; mais il est susceptible de restriction dans son exercice (4) ; — 4° que l'héritage servant doit être assez rapproché du fonds dominant pour que ce dernier puisse retirer l'utilité ou l'agrément, objet du droit de servitude ; mais la contiguïté n'est pas essentielle : une servi-

(1) Pardessus, n° 13; Toullier, t. 3, n°s 593 et suiv.; Pardessus, n° 14; Dur., n° 443.

(2) Toullier, t. 3, n°s 593 et suiv.; Pardessus, n° 14; Dur., n° 443; Zach., p. 68.

(3) Cass., 7 février 1825, Dev. Pal.

(4) Solon, n° 13; Dur., n°s 466 et suiv.; Zach., p. 68.—*Voy.* cep. Toullier, n°s 782 et suiv.; Pardessus, n°s 22 et suiv., 63 et suiv.; Favard, Rép., Serv., n° 3; et Dalloz, Serv., sect. 1re, article 1er. Ces auteurs ne pensent pas que le droit de servitude soit indivisible : si cela était, disent-ils, les servitudes pourraient être restreintes par la prescription (708); après le partage, la jouissance d'un seul conserverait le droit même à l'égard de ceux qui ne l'exerceraient pas ; il n'y aurait jamais lieu d'appliquer l'art. 709. Ce raisonnement n'est pas concluant : sans doute, le droit peut s'éteindre pour partie; mais toujours est-il qu'il subsiste en totalité pour ce qui reste, et qu'il s'exerce pour le tout dans cette limite ; que le fait, dans l'exécution, n'est susceptible de division ni matérielle ni intellectuelle ; par exemple, le droit de passage ne peut s'exercer pour partie (1217).

tude peut exister entre deux fonds séparés par un autre fonds intermédiaire.—En vue de prévenir le doute qui aurait pu s'élever à cet égard, le conseil d'État a retranché de la rédaction définitive, sur les observations du tribunat, le mot *voisin*, qui se trouvait dans le projet (1).

Lorsque l'acte n'exprime pas que la concession a lieu au profit de tel héritage, il est quelquefois difficile de reconnaître si cette concession est établie en faveur d'un fonds ou en faveur d'une personne : dans le doute, on doit considérer la servitude comme réelle, lorsque le droit augmente la valeur de l'héritage, et comme personnelle, s'il a pour unique objet de procurer un agrément à la personne : par exemple, la stipulation qu'on pourra pêcher ou chasser sur un héritage, ou qu'un individu, qui n'a point de terres, pourra mener paître quelques bestiaux sur un fonds, ne constitue qu'un droit d'usage. — Celle qui confère le droit d'aller faire du vin à un pressoir, ou d'aller moudre à un moulin du grain produit par un héritage déterminé, a pour objet une véritable servitude (Dur., nos 33 et suiv.).

L'utilité résulte de la situation des lieux, des termes de la loi, ou elle est reconnue par les parties. (Art. 639.)

4° *Appartenant à un autre propriétaire.* — On ne peut avoir de servitude sur son propre fonds, car le droit de propriété renferme la jouissance la plus absolue : *Nemini res sua servit.* Mais on peut établir une servitude au profit d'un fonds dont on est propriétaire exclusif, sur un autre dont on a seulement la copropriété, et réciproquement : au moment du partage, la servitude s'éteindra pour partie, par l'effet de la confusion.

Tous les biens immeubles qui sont dans le commerce, qu'ils appartiennent à des particuliers, à des établissements publics, à des communes ou à l'État, peuvent être grevés de servitudes, pourvu que ces charges soient compatibles avec l'usage auquel les biens sont destinés (Toullier, nos 419 *bis*, 473 et suiv.).

Les biens composant les apanages ne peuvent être grevés de servitudes (art. 74 de la loi du 30 janvier 1810; art. 10 de la loi du 8 novembre 1814).

638 — La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.

= On nomme *prééminence*, toute distinction politique ou morale : par exemple, la prééminence d'un prince sur les citoyens. — La féodalité avait donné aux nobles une prééminence sur les roturiers; la même distinction existait entre les biens : ainsi, l'on distinguait les biens nobles des biens roturiers. — Afin que les services fonciers ne puissent jamais être une occasion de reproduire ces sortes de divisions, le Code

(1) Locré, Législ., t. 8, p. 354, no 1; Fenet, p. 282; Toullier, no 595; Pardessus, nos 15 et suiv.; Dur., nos 454 et suiv.

déclare, par une disposition formelle, que la servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre.

639 — Elle dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des *conventions* (1) entre les propriétaires.

= Les servitudes peuvent dériver :

1° De la situation naturelle des lieux ;

2° Des obligations imposées par la loi. — A proprement parler, les servitudes de la première classe sont également imposées par la loi ; par exemple, c'est elle qui oblige les propriétaires inférieurs à ne point élever de digues qui empêcheraient l'écoulement des eaux sur leur fonds, et qui interdit aux propriétaires des fonds supérieurs le droit de réunir les eaux sur un seul point, si la position des fonds inférieurs peut en être aggravée.

Mais on justifie cette distinction, en considérant uniquement la cause des charges et obligations dont les héritages voisins sont tenus les uns envers les autres.

Envisagées sous ce rapport, les servitudes qui dérivent de la situation des lieux sont des effets de l'ordre de la nature : c'est la nature seule qui les constitue, qui les impose sur les héritages ; la loi civile ne fait que confirmer leur existence et régler leurs effets.

Il en est autrement à l'égard des servitudes dites légales : ces sortes de servitudes sont purement arbitraires ; elles ne doivent leur existence qu'à la loi seule ; ce sont des modifications du droit de propriété, modifications que le législateur a cru devoir établir, soit dans l'intérêt général, soit dans l'intérêt des particuliers.

3° Du fait de l'homme. — Les servitudes de cette troisième classe sont les véritables servitudes ; celles comprises dans les deux premières sont plutôt des obligations qui naissent du voisinage, des restrictions du droit de propriété, des engagements qui se forment sans conventions (1370), que des servitudes. Nonobstant leur existence, les fonds sont réputés libres ; tellement, que la vente qui en serait faite avec déclaration qu'ils sont francs de toutes charges ne donnerait à l'acheteur aucun recours contre son vendeur ; car, nous le répétons, ce sont moins là des servitudes, des charges de la propriété, que de simples modes d'exercice du droit de propriété : le vendeur ne garantit que les servitudes qui ont été imposées par lui ou par ses prédécesseurs. — Les servitudes proprement dites consistent à changer ce qui est établi par la nature ou par la loi, à souffrir, en un mot, ce qui est contraire au droit commun. Exemple : la loi défend au propriétaire d'un fonds inférieur d'élever aucune digue qui puisse gêner l'écoulement des eaux sur son fonds, voilà le droit commun : le propriétaire de ce fonds

(1) Terme impropre ; il fallait dire : du fait de l'homme. Une servitude, en effet, peut être acquise par donation, par testament ou par prescription (690).

imposerait au fonds supérieur une servitude, s'il acquérait le droit de faire des travaux pour empêcher cet écoulement. — Pareillement, si l'un des propriétaires acquiert le droit de planter des arbres à une distance moindre que celle qui est fixée par la loi, le fonds voisin se trouve grevé d'une véritable servitude (1).

CHAPITRE PREMIER.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

La loi pose en principe que les fonds inférieurs sont assujettis à recevoir les eaux qui découlent *naturellement* (640) d'un fonds supérieur; puis elle détermine les droits dont elles peuvent être l'objet.

Le propriétaire du fonds dans lequel se trouve une source peut, en vertu du principe que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, s'emparer de l'eau à sa sortie et en faire ce qu'il juge convenable (641).

Cette règle souffre exception : 1° lorsque l'eau est nécessaire aux habitants d'une commune (643); — 2° lorsqu'un propriétaire voisin a acquis des droits sur la source (642).

Une fois que l'eau a pris son cours naturel, les propriétaires des héritages qu'elle traverse ou qu'elle borde acquièrent des droits sur cette eau (644), mais dans certaines limites, fondées sur les rapports du voisinage.

L'article 645 pose quelques principes généraux sur la manière de terminer les contestations qui peuvent s'élever entre les copropriétaires auxquels les eaux sont utiles.

Les art. 646 et 647 sont relatifs au droit de bornage; — l'art. 648, au droit de se clore.

Etendue de la servitude imposée aux fonds inférieurs.

640 — Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué.

Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement.

Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.

= Les fonds inférieurs sont assujettis à recevoir les eaux (2) qui dé-

(1) Pardessus, n° 93; Toullier, t. 3, n° 591; Zach., p. 32.

(2) Si le dommage est considérable et qu'il puisse être diminué sans qu'il en résulte un grand préjudice pour le fonds supérieur, les tribunaux peuvent ordonner des mesures convenables, sauf indemnité. (Delv., p. 162, n° 3.)

coulent des héritages supérieurs naturellement, c'est-à-dire, sans que la main de l'homme y ait contribué, lors même que ces eaux leur seraient nuisibles, et cela, sans pouvoir exiger aucune indemnité ; car nul n'est tenu des effets de la nature (1).

Cette disposition est applicable aux eaux pluviales, quand même le propriétaire recevrait ces eaux du fonds supérieur ; à celles qui découlent des terres par infiltration ; enfin, aux eaux de source, puisque c'est la nature qui imprime à ces eaux la direction qu'elles suivent (2).

Mais elle ne s'appliquerait ni aux eaux de ménage ou de fabrique, ni à celles qui découleraient des toits ou des égouts (3), parce que la direction des eaux proviendrait alors du fait de l'homme : le propriétaire supérieur doit s'arranger de manière à les conserver dans un réservoir ou à leur procurer un écoulement sur la voie publique (4).

Si par succession de temps, et par l'effet de la stagnation des eaux ou autre cause naturelle, un fossé établi sur le fonds inférieur s'était comblé de manière à faire refluer les eaux sur le fonds supérieur, nous pensons que le propriétaire du fonds inférieur serait tenu de faire le curage à ses frais. — Vainement objectera-t-on qu'une servitude ne peut jamais consister à faire, mais seulement à souffrir ou à ne pas faire (Dur., n° 161 ; Delv., p. 162, n° 5) (5) : il s'agit principalement ici d'une manière d'être de la propriété ; ce n'est point là une servitude proprement dite.

Si une digue qui se trouve sur le fonds supérieur vient à être renversée, le propriétaire inférieur, auquel la chute de l'eau serait alors plus dommageable, pourrait faire rétablir la digue, mais à ses frais, pourvu qu'il n'en dût résulter aucun préjudice pour le fonds supérieur.

Le propriétaire du fonds inférieur ne peut se soustraire à la servitude de cours d'eau ; car c'est là une charge imposée par la nature elle-même : il est en conséquence privé du droit d'élever aucune digue qui puisse gêner ou détourner cet écoulement.

Mais rien ne s'oppose à ce que le propriétaire dont l'héritage est bordé par un fleuve, une rivière ou un torrent, élève des digues ou autres travaux pour garantir sa propriété, lors même que ces travaux feraient refluer les eaux sur le fonds voisin : le propriétaire de ce fonds est

(1) Cette disposition n'est pas restreinte aux eaux : si des portions de terrains ou des rochers, par exemple, tombaient d'un fonds supérieur, le propriétaire du fonds inférieur ne pourrait exiger aucune indemnité à raison de ces accidents (1382 et 1389). — Le propriétaire supérieur aurait le droit de reprendre sa chose, pourvu qu'elle ne fût pas encore incorporée au fonds inférieur (ff., *de damno infecto;* l. 9, § 2). (Solon, n°s 61 et suiv.; — Cass., 29 novembre 1832, S., 33, 1, 98.)

(2) Dur., n° 153; Pardessus, n° 82; — Cass., 13 juin 1814, Dev. Pal.; Rouen, 28 juillet 1845, Pal., 1846, 1, 314.

(3) Pardessus, n° 82; Dur., n° 154; Delv., t. 1er, p. 378; — Colmar, 5 mai 1819; Cass., 15 mars 1830.

(4) Cass., 8 janvier 1834, Pal.

(5) Pardessus, n° 92; Solon, servitudes, n° 48. L'autorité administrative peut imposer cette obligation aux propriétaires inférieurs, chacun dans l'étendue de sa propriété. (L. du 20 août 1790; 28 septembre 1791, t. 2, art. 16; 14 floréal an II.)

libre de faire les mêmes travaux de son côté (1). — Du reste, l'un et l'autre propriétaire doivent se conformer aux règlements sur les cours d'eau.

Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur, quand même les deux fonds seraient séparés par la voie publique (2) : il ne pourrait, par exemple, changer le cours naturel des eaux, soit en les rassemblant sur un seul point, soit en leur donnant un écoulement plus rapide ; toutefois, libre à lui de faire les travaux *nécessaires* ou même simplement *utiles* à la culture de son héritage, selon l'usage du pays, par exemple, des sillons dans une terre ensemencée, ou des fossés pour assainir la vigne : la loi entend seulement interdire les travaux qui ne sont point indispensables à l'exploitation (3).

Les changements dans le genre de culture ne sont point prohibés, alors même qu'ils auraient pour résultat de transmettre les eaux avec plus de rapidité ou d'abondance (4).

A plus forte raison, le fonds inférieur ne serait-il point assujetti à recevoir les eaux qui découleraient du fonds supérieur, si la direction des eaux (qui coulaient, par exemple, sur un autre fonds) avait été changée ; car l'écoulement ne serait plus l'effet de l'ordre de la nature, mais le résultat des travaux de l'homme.

Dans tous les cas, lorsque des travaux ont été faits par le propriétaire du fonds inférieur pour empêcher l'écoulement naturel des eaux ; ou par le propriétaire supérieur, soit pour détourner leur cours, soit pour aggraver la servitude du fonds inférieur, la partie lésée a le droit d'exiger que les choses soient rétablies dans leur premier état.

Si l'auteur des ouvrages n'est pas connu, la destruction a lieu aux dépens de celui qui devait en profiter, d'après l'adage : *Is fecit cui prodest.*

—Si, par des travaux d'art, le propriétaire d'un fonds fait surgir à la surface du sol des eaux souterraines, le propriétaire du fonds inférieur est-il obligé de recevoir ces eaux ? ✓✓ Dur., n° 166, se prononce d'une manière absolue pour la négative, par argument de l'article 640. ✓✓ Nous restreindrons cette décision au cas où il serait impossible de faire écouler les eaux sur la voie publique — Dans tous les cas, le propriétaire inférieur, forcé de recevoir les eaux, pourrait exiger une indemnité (5).

Propriété des sources.

641 — Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription.

(1) Solon, n° 25; Delv., p. 162, n° 3; — Aix, 19 mai 1813; D., Servitude, p. 12; Dev. Pal.
(2) Cass., 8 janvier 1834, Pal.
(3) Pardessus, n° 84; Toullier, n° 509; Dur., n° 165.
(4) Pardessus, n° 86; Solon, n° 23; — Cass., 31 mai 1848, Pal., 1848, 2, 294.
(5) Pardessus, n° 82; Zach., p. 34; Solon, n° 24.

= Tant que l'eau se trouve dans le sein de la terre, elle appartient au propriétaire du sol (552); il peut donc s'en emparer à sa sortie, creuser des bassins, des canaux, ou faire tels autres ouvrages que bon lui semble pour l'empêcher de s'écouler sur le fonds inférieur, sans que le propriétaire de ce fonds puisse s'en plaindre, à moins qu'il n'ait acquis par titre ou par prescription un droit de servitude sur le cours d'eau (1).

Lors même que le propriétaire supérieur, en creusant dans son fonds, aurait coupé une veine d'eau souterraine qui alimentait le puits du propriétaire inférieur, ce dernier serait privé de toute action, car son voisin n'aurait fait en cela qu'user de son droit de propriété.—Peu importerait que l'eau alimentât une fontaine dont l'usage était nécessaire à une commune: la loi ne distingue pas (2). Vainement invoquerait-on l'article 643 : cet article ne statue que pour le cas où un propriétaire a sur son fonds une source qui jaillit; on ne peut étendre arbitrairement la règle ainsi limitée au cas où il a seulement des veines d'eau dans son fonds, car toute disposition limitative forme exception au droit commun; dès lors il faut la restreindre aux termes dans lesquels elle est conçue.

Toutefois, les tribunaux peuvent réprimer ces entreprises, s'ils reconnaissent qu'elles sont inspirées par la malveillance, et qu'il ne doit en résulter aucune amélioration pour la propriété, ou aucun avantage personnel pour le propriétaire (Pardessus, n° 98).

Le propriétaire du fonds supérieur peut également retenir les eaux pluviales, sans que le propriétaire inférieur ait le droit de s'y opposer, à moins qu'il n'existe un titre constitutif qui lui donne le droit de s'en servir à la sortie du fonds supérieur. Mais, à la différence du cas où il s'agit d'une eau courante, ce titre ne saurait être suppléé par la prescription, quand même le propriétaire inférieur aurait précédemment fait des travaux pour employer les eaux à son profit; car elles appartiennent au premier occupant : si le propriétaire supérieur ne les a pas retenues, c'est qu'elles lui étaient inutiles; en les laissant écouler sur le fonds voisin, il a usé d'une pure faculté; ce n'est que par pure tolérance qu'il en a laissé jouir le propriétaire inférieur : or, les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription (2232; Dur., n°s 158 et 159) (3).

Du principe que le propriétaire supérieur a un droit acquis à la source qui prend naissance dans son fonds, il résulte qu'il ne peut être dépouillé de ce droit que par un acte de sa volonté ou par prescription.

Aucune difficulté ne se présente lorsque le droit du propriétaire du

(1) Pardessus, n° 98; Toullier, n° 328; Dur., n° 156; Zach., t. 2, § 245, n° 6; Daviel, n°s 897 et suiv.; — Cass., 25 janvier 1835, Pal.

(2) Pardessus, n° 138; Zach., § 236, n° 10; Solon, n° 45;— Grenoble, 5 mai 1834, Dev., 1834, 2, 491; Cass., 29 novembre 1830, Dev. Pal.; 15 janvier 1835, Dev., 1835, 1, 957; 26 juillet 1836, Dev., 1836, 1, 819. *Voy.* cep. Proudhon, Dom. public, n° 1547.

(3) Delv. sur l'art. 641; Proudhon, Dom. public n° 1350; Pardessus, n° 79; Lassaulx, t. 3, n° 135; Rennes, 10 février 1826, Dev. Pal.

fonds inférieur repose sur un titre ; mais il n'en est pas de même lorsque ce droit n'est fondé que sur la prescription (*voyez* ce que nous dirons à cet égard dans l'article suivant).

642 — La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété.

= Pour prescrire, il faut une possession paisible, publique, continue, non interrompue et à titre de propriétaire (2229).

Par conséquent, pour acquérir une servitude par prescription, il faut :

1° Trente ans de jouissance (2262, 690) : on présume alors que le propriétaire de la source a renoncé à son droit. — Ce délai court à partir du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours d'eau dans sa propriété.

2° Que des travaux *destinés* à faciliter la chute et le cours de l'eau aient été faits ; s'ils n'avaient pas eu cette destination dès le principe, le but de la loi ne serait pas atteint.

Il ne suffirait donc pas que le propriétaire inférieur eût joui librement de la source pendant trente années ; cela ne caractériserait qu'un acte de tolérance de la part du propriétaire supérieur.

Les ouvrages doivent être appréciés, quant à leur importance, suivant la nature du fonds : par exemple, une tranchée pratiquée pour l'irrigation d'une prairie constituerait un ouvrage apparent, dans le sens de l'article 642 (1).

3° Que les travaux aient été faits non par le propriétaire de la source, mais par le propriétaire inférieur ; autrement on ne verrait dans la jouissance de ce dernier que l'effet d'une pure tolérance (2).

4° Que les travaux soient *apparents*, c'est-à-dire, qu'ils aient pu être connus du propriétaire de la source : ainsi, un canal souterrain fait de main d'homme dans le fonds supérieur, visible seulement dans quelqu'une de ses parties, fût-ce même à l'entrée du fonds inférieur, et qui n'a pu être construit que dans l'intention d'amener les eaux sur ce dernier fonds, suffit pour servir de base à la prescription (3).

Il n'est pas nécessaire que les ouvrages soient exécutés par le propriétaire du fonds immédiatement inférieur, puisque la servitude peut exister au profit d'un fonds plus éloigné (Pardessus, n° 96).

(1) Bordeaux, 5 juillet 1833, Pal.

(2) Cass., 25 août 1812, 6 juillet 1825, 12 avril 1830; Caen, 18 janvier 1831, Pal. Dev.; 5 juillet 1837, Dev., 1837, 1, 565; Dal., 1837, 2, 246; 30 juin 1841, Dev., 1841, 1, 638.

(3) Cass., 25 août 1812, Dev. Pal.; Dal., v° Servitudes, sect. 2, § 2; 15 avril 1845, Pal., 1845, 2, 652; Dal., 1845, 1, 253. *Voy.* cep. Bourges, 11 juin 1828, Dev. Pal.

5° Que les travaux soient *terminés :* jusqu'alors, le propriétaire du fonds supérieur n'a dû voir qu'un simple projet.

6° Enfin, que les travaux soient *permanents :* des barrages faits avec des branchages ou autres objets mobiles seraient donc insuffisants.

Le propriétaire supérieur qui a concédé ou qui a laissé acquérir par prescription des droits sur l'eau de sa source, n'est pas pour cela privé de la faculté d'en user, puisqu'il en a la propriété; mais il ne peut en user que modérément. — Rien ne l'empêcherait même de concéder à un autre voisin une nouvelle prise d'eau, pourvu toutefois que la source pût suffire aux besoins des deux fonds ; car les droits du premier concessionnaire ne doivent pas être altérés par la deuxième concession. — Si les concessionnaires ne s'accordent pas, il y a lieu à une distribution judiciaire (*voyez* art. 645).

De son côté, le propriétaire inférieur ne peut, sans le consentement du propriétaire supérieur, concéder aucun droit sur l'eau qui coule dans sa propriété, ni même user de cette eau pour un autre fonds, ou pour une partie du fonds autre que celle au profit de laquelle la servitude est constituée. (*Voyez* toutefois, p. 826, quest.)

Il faut observer que, dans l'hypothèse où nous place l'art. 642, lorsque la prescription est accomplie, les rôles changent : ce n'est plus l'héritage inférieur qui est en servitude, mais le fonds supérieur qui se trouve assujetti envers l'héritage inférieur.

Par quels moyens le propriétaire du terrain où l'eau prend sa source pourra-t-il interrompre la prescription? Assurément il ne sera pas admis à exiger la destruction des travaux qui se trouvent sur le fonds inférieur (en supposant que des ouvrages puissent être efficacement faits sur ce fonds, ce que nous examinerons plus bas), car chacun est libre de construire sur son terrain; mais il aura la faculté ou de retenir les eaux, ou de les détourner, ou de faire déclarer par les tribunaux que les travaux seront sans effet pour l'usucapion.—Une simple protestation, renouvelée tous les 29 ans (arg. de l'art. 2244), suffirait même pour détruire la présomption que le propriétaire supérieur a renoncé à son droit (Fenet, p. 284, t. 11) (1).

Puisque le cours d'eau est prescriptible, il donne lieu aux actions en complainte et en réintégrande (art. 23 Pr.), pourvu que la possession soit annale et qu'elle réunisse les conditions voulues par l'article 642 C. civ. (2).

—Les ouvrages nécessaires pour servir de base à la prescription du cours d'eau doivent-ils être faits sur le fonds supérieur? peuvent-ils être valablement faits sur le fonds inférieur? — Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : le propriétaire du fonds inférieur qui fait des travaux sur ce fonds n'agit pas *jure servitutis*, mais *jure dominii ;* il est parfaitement libre de construire sur son terrain ; le propriété-

(1) Delv., p. 163, n° 4; Pardessus, n° 100. *Voy.* cep. Proudhon, Dom. public, t. 4, n° 1367.

(2) Favard, Rep. Just. de paix, § 3; Dur., n° 169; Merlin, Rép., v° Complainte, § 3, n° 8; Delv. p. 163, n° 3; Garnier, Actions possessoires, p. 241 ; — Cass., 24 février 1808, 24 mai 1813 août 1812, 1er mars 1815, 13 juin 1814, 15 août 1822, Dev. Pal.

taire supérieur ne peut s'y opposer; dès lors, comment considérer son silence comme une renonciation tacite? L'obliger à protester tous les 29 ans contre les travaux, ce serait lui imposer une charge et le gêner dans l'exercice de la faculté légale que lui confère la loi de laisser écouler naturellement les eaux de sa source sur le fonds inférieur. — *Cæpolla* exigeait que les travaux fussent faits sur le fonds supérieur; le texte démontre que telle a été la pensée du législateur. Les travaux, porte l'article 642, doivent être destinés à faciliter *la chute* et *le cours de l'eau*; or, les travaux faits sur le fonds inférieur ne pourraient que faciliter le cours et la *réception* de l'eau; la chute est opérée dès que l'eau tombe sur le fonds inférieur. La raison veut d'ailleurs qu'il y ait un empiétement sur le fonds supérieur, puisque c'est ce dernier fonds qui doit être asservi. — L'article 642, dit-on, n'est pas sous la rubrique des servitudes établies par le fait de l'homme : peu importe; le droit réclamé n'est pas moins une véritable servitude par le fait de l'homme (1). — Quoi qu'il en soit, l'opinion contraire s'appuie, selon nous, sur des considérations plus puissantes.—Remarquons, d'abord, les termes du texte: il n'est pas dit que les ouvrages doivent être faits sur le fonds supérieur, mais seulement qu'ils doivent être apparents, c'est-à-dire, que le propriétaire supérieur ait pu les reconnaître. Peu importe, dès lors, qu'ils se trouvent sur le fonds supérieur ou sur le fonds inférieur : il ne s'agit point, pour le propriétaire inférieur, d'acquérir une partie du domaine voisin, mais uniquement de lui imposer une charge.—Assurément, le propriétaire supérieur ne peut empêcher ce dernier de construire sur son fonds; mais il peut protester, et, certes, ce n'est pas lui imposer une trop lourde charge que de le soumettre à cette obligation tous les vingt-neuf ans. —Recherchons dans les travaux préparatoires quelle a été la pensée du législateur; car c'est toujours à cette source qu'il faut recourir quand la loi est obscure ou ambiguë : lors de la discussion au conseil d'Etat, on reconnut que des travaux devaient être faits. M. Regnault se prononça pour qu'ils fussent faits sur le fonds inférieur, et cet avis parut prévaloir, après avoir été adopté par MM. Pelet et Malleville, combattu par M. Tronchet, et soutenu par Cambacérès; en conséquence, il fut procédé à une nouvelle rédaction. — Le projet soumis officieusement au tribunat contenait ces mots : *ouvrages extérieurs*.... Sur les observations du comité de législation, le mot *extérieur* a été remplacé, comme amphibologique, par le mot *apparent*; et voici dans quelles circonstances : une longue discussion s'éleva sur la question qui nous occupe : d'une part, on ne manqua pas d'invoquer les raisons que nous venons d'exposer; mais, en définitive, le comité se prononça pour le système contraire. Nous ne pouvons mieux faire que de reproduire textuellement ses observations : « Il faut distinguer les servitudes qui dérivent de la situation des lieux et celles provenant du fait de l'homme; ces dernières sont l'objet du chapitre 3; mais l'article 642 n'appartient pas à ce chapitre; il appartient au chapitre 1er, intitulé des servitudes qui dérivent de la situation des lieux. Dans le cas de cet article, le propriétaire inférieur tient sa jouissance du bienfait de la nature, et non d'une convention entre lui et le propriétaire supérieur... Les ouvrages que ce dernier a faits sur son propre fonds étaient une déclaration formelle qu'il avait dessein de prescrire; le propriétaire supérieur doit s'imputer de n'avoir manifesté aucune disposition contraire : il pouvait, pendant les trente ans, arrêter cette prescription....

(1) Dur., nos 100 et 181; D., Serv., § 17; Henrion de Pansey, Comp. des juges de paix, ch. 26, § 4, no 1; Proudhon, Dom. public, nos 1372 et suiv.; Garnier, Règl. des eaux, t. 2, nos 48 et suiv.; Troplong, Prescrip., no 114; Toullier, n° 635, notes; Vazeile, Prescrip., no 402; Daviel, no 755; — Montpellier, 20 mai 1846, Pal., 1846, 2, 242; Cass., 25 août 1812, 6 juillet 1825, 12 avril 1830, Dev. Pal.; 5 juillet 1837, D. P., 1837, 1. 365, Pal.; Bordeaux 1er juillet 1834, Pal.; D., 1834, 2, 648.

Dès qu'il ne l'a pas fait, quoique averti par la loi de ce qu'il aurait dû faire, il n'a point à se plaindre ; il résulte de son silence un véritable consentement, non pas à ce qu'on pût acquérir contre lui quelque chose de nouveau, mais à ce que les choses restassent dans l'état où la nature elle-même les avait placées. Ainsi, le propriétaire inférieur n'a rien changé par ses ouvrages ; il a seulement annoncé l'intention de conserver ce qu'il avait ; voilà l'espèce prévue par l'art. 642 : s'il eût fait ces ouvrages sur le fonds supérieur, il y aurait eu de sa part volonté d'acquérir un supplément de fonds qu'il n'avait pas encore ; c'est un tout autre cas. Il suffit, en conséquence, que des ouvrages extérieurs soient faits sur le fonds du propriétaire inférieur ou partout ailleurs que sur le fonds du propriétaire de la source. Cette dernière opinion l'a emporté ; et vu les difficultés que le mot *extérieur* pourrait faire naître sur le sens qu'il doit avoir ici, la section pense qu'il convient d'y substituer le mot *apparent.* »—Ces considérations nous paraissent toutes-puissantes.—Il serait superflu de s'arrêter à l'argument tiré de cette expression du texte : *la chute* de l'eau ; elle supposerait une nappe d'eau courante qui tomberait brusquement d'un certain niveau formant la limite des fonds contigus, état de choses qui serait extraordinaire, il faut le reconnaître. Plus rarement encore arrive-t-il que la pente, ou la force d'un cours d'eau, permette d'établir une usine sur la limite du fonds contigu à celui où l'eau prend sa source. Il est donc évident que la loi entend parler non de la *chute* (ce terme est ici impropre), mais de *l'entrée* de l'eau dans la propriété voisine. —Le système que nous combattons placerait les parties dans une position bizarre : le propriétaire du fonds inférieur aurait intérêt à établir qu'il a empiété sur le fonds supérieur; et le propriétaire supérieur, qu'on n'a pas empiété sur son fonds. En sorte que les rôles du demandeur et du défendeur se trouveraient intervertis (1). Ce résultat suffirait seul pour faire juger ce système.

Puisque la loi, selon nous, n'exige pas que les travaux soient faits sur le fonds supérieur, la question de savoir s'ils peuvent être faits valablement par des propriétaires dont les fonds ne sont pas contigus est tranchée.—Delvincourt, p. 163, n° 1, soutient, il est vrai, que le voisin immédiat peut seul acquérir par prescription la servitude de cours d'eau : la loi, dit-il, parle du propriétaire *du* fonds; elle ne dit pas *d'un* fonds : le pronom *du* est ici déterminatif ; d'ailleurs, les travaux doivent être *apparents* ; or, comment le propriétaire supérieur pourrait-il voir ou connaître les travaux qui se trouveraient sur un fonds éloigné du sien. — On ajoute qu'il est parlé d'ouvrages destinés à faciliter la chute de l'eau, et que ce mot, la *chute* indique le point où l'eau sort de l'héritage supérieur pour entrer dans l'héritage inférieur. Nous avons répondu aux deux derniers arguments.—Quant au premier, il est trop grammatical pour être concluant : si on l'admettait, il faudrait décider que le propriétaire séparé d'un autre fonds par un autre héritage ne peut prescrire le cours d'eau, ce qui serait contraire à l'esprit de la loi.—Evidemment les mots : *du fonds* inférieur, doivent s'entendre comme s'il était dit : *tout fonds*, etc.—Le fonds, quoique séparé par un chemin public ou par un autre fonds de celui où l'eau prend sa source, n'est pas moins inférieur ; par conséquent, on se trouve toujours dans le cas prévu par la loi (2).

Les travaux dont il est parlé dans l'article 642 sont-ils absolument indispensables pour l'accomplissement de l'usucapion ? Comme ces travaux ne sont pas déclarés nécessaires, il faut admettre que la possession devient utile pour l'usucapion, dès que la précarité a été intervertie ou couverte, conformément aux principes généraux, par la contradiction opposée aux droits du propriétaire (2238) (Zach., p. 37 ; Proudhon, Dom. public, n°s 1331 et 1371).

(1) Locré, p. 370; Zach., p. 78; Delv., p. 163, n° 1; Marcadé et Ducaurroy sur l'art. 642.
(2) Dur., n° 185; Favard, Serv., sect. 2, § 1er; Pardessus, n° 101; Dalloz, Serv., art. 1er, § 2.

643 — Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée pas experts.

= L'utilité générale, qui est une cause suffisante pour forcer à l'aliénation d'un fonds, doit, à plus forte raison, pouvoir fonder l'établissement d'une servitude (1).

Si quelque difficulté s'élève, elle est constatée, non par l'autorité administrative, mais par l'autorité judiciaire, car il s'agit d'une question de propriété. Le tribunal prononce eu égard aux circonstances. Notre article a la plus grande analogie avec l'article 682, relatif au cas d'enclave.

Observons, surtout, que l'intérêt privé ne doit fléchir que devant la loi impérieuse de la *nécessité:* un simple avantage serait insuffisant; du moins, la servitude ne pourrait s'acquérir que suivant les règles de l'article 642.

Remarquons en outre les termes de la loi; elle parle d'une collection d'habitants : les convenances particulières de quelques maisons isolées ne pourraient donc autoriser l'établissement de la servitude (2).

Toutefois, nous étendrons la règle au cas où les eaux seraient indispensables pour le service d'un établissement destiné à satisfaire aux besoins de la commune, du village ou du hameau; par exemple, d'un moulin qui servirait à l'approvisionnement du pays (3).

L'indemnité à laquelle le propriétaire de la source peut prétendre ne doit pas être basée sur l'avantage que la servitude doit procurer à la commune (4), mais sur le tort qu'elle occasionnera au propriétaire de la source (arg. de l'art. 682). Cela est de toute évidence, puisque l'indemnité a précisément pour objet de mettre la personne *sine damno.*

Le propriétaire, disons-nous, peut exiger une indemnité. Cette règle souffre exception : 1° lorsque la commune a acquis (soit par une convention, soit par une libéralité) l'usage de l'eau : la servitude est alors établie par le fait de l'homme; 2° lorsqu'elle a prescrit cet usage : le propriétaire doit s'imputer de ne pas avoir formé sa demande en temps utile (2219). Ainsi, la prescription n'a point pour objet de faire

(1) La servitude est restreinte à ce qui est nécessaire aux habitants pour leur consommation personnelle et celle de leur bétail; ils ne peuvent se servir de l'eau pour l'agriculture, par exemple, pour l'irrigation (Locré, Lég., t. 8, p. 334 et suiv., n° 6).

(2) Colmar, 5 mai 1809, Dev. Pal.

(3) Pardessus, n° 138; Favard, Rép., sect. 1re, n° 8; Toullier, t. 3, n° 134; Zach., p. 37. *Voy.* cep. Proudhon, n° 1386.

(4) *Voy.*, art. 542, la définition que nous avons donnée du mot *commune.* — On nomme *village*, une réunion d'habitants où se trouve ordinairement le siége de la paroisse et du conseil communal. — Le *hameau* est une réunion moins nombreuse d'habitants qui dépendent de la paroisse dont le village est le siége.

acquérir l'usage de l'eau, puisque le droit est conféré par la loi (1); mais de se libérer de l'indemnité.

L'article 642, relatif à la confection des travaux, ne reçoit pas ici d'application; car, nous le répétons, il ne s'agit point pour la commune d'acquérir une servitude, mais de se libérer de l'indemnité.

Observons que l'article 643 n'interdit pas au propriétaire de la source d'user de l'eau pour les besoins de son fonds, mais seulement d'en changer le cours : peu importerait dès lors que les avantages retirés par la commune dussent être diminués par ce fait; le respect dû à la propriété doit dominer toute considération. Les habitants n'ont pu acquérir que le superflu des eaux, sauf toute convention contraire.

Il est bien entendu que l'article 643 n'enlève pas au propriétaire de la source le droit de faire des fouilles dans son fonds, lors même qu'elles devraient avoir pour résultat de détourner les eaux souterraines qui alimenteraient une fontaine indispensable à la commune (2).

L'article 643 ne parlant que des eaux de source qui ont un cours, on demande s'il faut appliquer sa disposition aux eaux d'une citerne, d'une mare, d'un étang ou d'une fontaine, lorsque cette eau est nécessaire aux habitants d'une commune, d'un village ou d'un hameau. L'art. 643, dit Proudhon (Dom. pub., n° 1422), ne parle que des eaux courantes ; sa disposition est exceptionnelle : dès lors, il faut la restreindre au cas prévu.—Quoi qu'il en soit, les mêmes considérations se présentent ; l'intérêt privé doit fléchir devant l'intérêt général (3).

Il nous reste à faire une dernière observation sur l'article qui nous occupe : de ce que le propriétaire de la source ne peut changer le cours de l'eau lorsque les habitants en ont besoin, soit pour leur usage personnel, soit pour abreuver leurs bestiaux, il ne résulte pas que ce propriétaire soit tenu de livrer passage sur son fonds ; ce serait ajouter à la loi, et le mettre dans l'impossibilité de se clore : il lui suffit de ne pas changer le cours de l'eau et de la laisser arriver à une place où les habitants pourront en user (4) (arg. des art. 545 et 546).

Eaux courantes.

Les droits dont nous allons parler ne s'exercent que sur les eaux courantes : l'article 644 n'est point applicable aux eaux qui n'ont point de cours, tels que les lacs, étangs et réservoirs ; il ne concerne pas même les eaux pluviales : l'usage de ces eaux appartient au premier occupant (5). (*Voy.* p. 816.)

(1) Pardessus, n° 138; Proudhon, Dom. public, n° 1390.

(2) Favard, Serv., sect. 2, § 7, Delv., p. 163, n° 7; Malleville sur l'art. 643; Dur., n° 189; Zach., p. 38; — Cass., 10 juillet 1821, Dev. Pal. — La doctrine contraire enseignée par Proudhon, Dom. public, n°s 1388 et 1389, est erronée.

(3) Cass., 29 novembre 1830, Dev. Pal.; Grenoble, 5 mai 1834, Dev. 1834, 2, 401, Pal. *Voy.* cep. Proudhon, Dom. public, n° 1547.

(4) Pardessus, n° 138; — Cass., 3 juillet 1822, Dev. Pal.; Dal., Servitudes, p. 17.

(5) Cass., 14 janvier 1823; Rennes, 5 mai 1813; D., Serv.

Le propriétaire d'une source peut, comme nous l'avons vu (art. 641), faire de l'eau ce qu'il juge convenable tant qu'elle se trouve sur son héritage; mais, dès le moment où elle a repris son cours naturel, elle entre dans la classe des choses communes. Voyons quels sont les droits des propriétaires inférieurs sur cette eau.

644 — Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public (1) par l'article 538, au titre *de la Distinction des biens*, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés.

Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire.

= Les héritages placés les uns à la suite des autres peuvent être bordés ou traversés par le cours d'eau.

Dans le premier cas, la loi permet aux propriétaires des fonds inférieurs de *se servir* de l'eau à son passage (c'est-à-dire, à charge de n'en pas détourner le cours) pour l'*irrigation* (2) de leurs propriétés : ils peuvent donc, à cet effet, puiser de l'eau pour l'arrosement, pratiquer des saignées ou rigoles, établir même, dans le lit des cours d'eau, des barrages temporaires (3).

Il est bien entendu qu'ils ne doivent pas se servir de l'eau de manière à l'absorber presque entièrement : celui dont la propriété est bordée par une eau courante a un copropriétaire indivis dans le propriétaire de l'autre rive ; chacun d'eux possède le lit par égale portion ; cette copropriété leur donne des droits, et leur impose des devoirs respectifs.

Le droit des riverains est-il borné à l'*irrigation*? cette expression est-elle limitative? On s'accorde à la considérer comme énonciative ; en conséquence, on décide que le riverain peut employer une partie des eaux à d'autres usages, pourvu qu'il ne prive pas les riverains voisins de l'eau qui leur est nécessaire pour l'irrigation de leur terre, et ne porte pas atteinte à des droits acquis par titre ou par prescription (4) : par exemple, si le propriétaire riverain exerçait la profession de tanneur ou de teinturier, il aurait sans aucun doute le droit de se servir de l'eau pour les besoins de son état. — Toutefois, cette faculté n'appartient aux riverains que sous certaines restrictions : lorsque l'eau saine et potable est employée aux besoins de l'alimentation, on ne peut

(1) *Voy.* ord. de 1669, t. 25, art. 4; *ff. de flum.*, l. 2.

(2) L'*irrigation* s'opère par des coupures qui introduisent l'eau dans des petits canaux pratiqués pour la recevoir : *irrigare aquam per rivos deducere*.

(3) La permission de l'autorité administrative n'est indispensable qu'autant qu'il s'agit de barrages permanents destinés au roulement des usines. (Garnier, t. 2, p. 83; Proudhon, nos 1425 et 1427.

(4) Dur., nos 225 et 226; Zach., p. 39; Garnier, p. 83, t. 2. *Voy.* cep. Proudhon, Dom. public, nos 1425 et 1427.

y verser des substances délétères qui la corrompraient et la rendraient impropre à cet usage (1).

Si l'eau coule dans un canal ou dans un ruisseau appartenant à un particulier, le propriétaire voisin ne peut s'en servir, à moins que son droit ne soit établi, à cet égard, par titre ou par prescription ; car cette eau, pour ainsi dire captive, a pris la qualité de propriété privée ; elle ne touche plus à l'héritage, elle en est séparée par l'épaisseur du canal (2).

Passons au second cas.

Les droits du propriétaire dont l'héritage est traversé par les eaux sont plus étendus que ceux des riverains dont nous venons de parler, car ils ne se trouvent plus gênés par la considération d'une copropriété : il peut non-seulement se servir de l'eau pour l'irrigation, pour les besoins d'une usine ou autre cause d'utilité réelle, mais encore *en user*, c'est-à-dire, l'employer même pour son agrément personnel (3), et à cet effet détourner son cours, la faire serpenter, etc., à charge de la faire rentrer dans son lit à sa sortie du fonds.

Toutefois, la loi ne permet pas l'abus. Assurément, ce propriétaire pourrait absorber l'eau entièrement si les besoins de l'irrigation ou autre cause d'une utilité quelconque l'exigeait (4) ; mais il n'aurait pas cette faculté, s'il s'agissait uniquement pour lui de satisfaire de vains caprices : en ce cas, l'autorité judiciaire devrait intervenir, conformément à l'article 645, pour régler l'usage de l'eau.

Inutile de dire que les riverains doivent exercer leur droit de manière à ne pas nuire à autrui : ils ne pourraient, par exemple, établir des ouvrages qui auraient pour résultat de faire refluer les eaux sur le fonds supérieur ou sur les fonds voisins : nul doute que les propriétaires inondés seraient fondés à demander la destruction des barrages et même des dommages-intérêts, en vertu de l'article 1382 (5).

(1) Garnier, nos 465, 682, 700; Daviel, nos 708 et suiv.; Pardessus, no 91;—Douai, 3 mars 1845, Pal., 1846, 1, 27; Dal., 1845, 2, 168.

(2) Pardessus, no 111; Zach., p. 39; Dur., nos 236, 237 et 238; Daviel, no 844; Delv., p. 162, no 10; Henrion de Pansey, Comp., p. 262 et suiv.; Favard, sect. 2, no 1; — Cass., 14 janvier 1823; Nimes, 5 mai 1820; 7 avril 1807, S., 7, 1, 185; D., Servitude, *ibid.;* 15 juillet 1807, S., 7, 1, 470; D., *ibid.;* 28 nov. 1815; D., Serv., p. 22; 9 déc. 1818, S., 19, p. 168, 3 avril 1836, D., 36, 1, 162. — Quand il n'y a pas de titre, il est souvent difficile de juger si le maître d'une usine ou d'un moulin est propriétaire du canal, ou s'il jouit seulement *jure servitutis :* dans le doute, il faut se décider pour la servitude. La question est importante ; car, si le propriétaire de l'usine est propriétaire du canal, le riverain ne pourra se servir de l'eau; au contraire, il pourra s'en servir, s'il ne s'agit que d'une simple servitude (Dur., 240).

(3) Zach., p. 40; Proudhon, Dom. public, t. 4, no 1429; — Cass., 26 janvier 1836, Dev., 1836, 1, 90.

(4) *Voyez* Proudhon, t. 4, p. 1427; Pardessus, no 106; Delv. sur l'art. 644, no 77; Daviel, no 584, t. 2; — Paris, 9 juillet 1806; Cass., 15 juillet 1807, 15 janvier 1835, Pal.; 8 juillet 1847, Dal., 1847, 1, 281. — La loi du 28 septembre-6 octobre 1791, et le Code lui-même, reconnaissaient aux riverains le droit d'établir des moulins sur les cours d'eau ; — le Code rural, t. 2, art. 16, avait seulement prescrit des mesures pour prévenir des inondations ; mais l'usage s'est introduit de recourir à une autorisation du gouvernement. Aujourd'hui l'obtention de cette ordonnance est une nécessité ; on ne distingue pas si l'héritage est traversé ou s'il est seulement bordé par l'eau courante.

(5) Loi du 28 septembre-6 octobre 1791, tit. 2, art. 25; — Metz, 11 juillet 1817; Cass., 17 mars 1819.

Mais ce serait aux tribunaux qu'ils devraient s'adresser (1); l'autorité administrative serait incompétente ; en matière de cours d'eau, le pouvoir de l'administration est restreint à ce qui touche à l'intérêt public. Dès le moment où le débat a un caractère privé, lors même qu'il s'agit d'une contravention aux règlements, il appartient au pouvoir judiciaire de statuer ; car tout ce qui concerne la propriété proprement dite et son maintien, de même que la sûreté des personnes, est remis à sa garde (2).

La loi du 6 octobre 1791 avait accordé aux propriétaires riverains le droit de faire des prises d'eau dans les rivières navigables ou flottables; mais, comme ce droit nuisait à la navigation, le Code abrogea cette loi. Aujourd'hui, les riverains devraient obtenir du gouvernement une concession (3).

Les règles que nous venons d'exposer concernent donc uniquement les eaux courantes qui dépendent du domaine privé : telles que les rivières non navigables ni flottables, les ruisseaux, etc., que ces eaux aient leur source dans un terrain particulier ou dans un terrain dépendant du domaine public.

Il est bien entendu que la jouissance des eaux accordée aux riverains ne peut préjudicier aux droits concédés par les propriétaires supérieurs aux propriétaires inférieurs.

— Lorsqu'on partage un fonds riverain, les portions qui ne sont pas riveraines perdent-elles leur droit à l'usage de l'eau ? ∽ Les fonds qui ont cessé d'être riverains conservent leur droit par destination du père de famille, si la servitude est révélée par des ouvrages *apparents* (192). D'ailleurs, le partage n'a pu enlever à ces portions un droit dont elles jouissaient (4). Ce serait mettre obstacle au partage des fonds, partage que la loi voit toujours avec faveur (815).

Le riverain qui a augmenté l'étendue de son fonds par des acquisitions de terrain peut-il employer à l'irrigation des fonds nouvellement acquis les eaux qui bordent ou traversent l'héritage primitif ? ∽ Ce serait, dit Duranton, nº 235, attribuer à un héritage un droit dont il était précédemment privé : sans admettre que les facultés ou les obligations légales constituent de véritables servitudes, on peut les considérer, par analogie, comme des servitudes conventionnelles, relativement à leur exercice ; or, de même que le concessionnaire conventionnel aggraverait la condition du fonds assujetti, s'il employait l'eau pour l'irrigation des fonds nouvellement acquis, de même le concessionnaire légal doit restreindre l'usage de l'eau à l'irrigation de son fonds dans l'état où il était primitivement : toute autre décision serait une source d'abus et de fraudes. ∽ Quoi qu'il en soit, nous inclinons vers le système contraire : il s'agit ici, ne le perdons pas de vue, d'une servitude légale ; or, la loi, qui accorde cette servitude au riverain, n'a pas dit que l'étendue de son fonds serait invariable.—Si les prises d'eau que ces nou-

(1) L'art. 457 C. pén. prononce en outre des peines contre toutes personnes qui, par l'élévation du déversoir de leurs eaux au-dessus de la hauteur déterminée par l'autorité compétente, ont inondé les chemins ou les propriétés d'autrui.

(2) Delv, p. 163, nº 8; J. Henrion de Pansey, Comp. des juges de paix, ch. 2, p. 276; Garnier, nº 611; Proudhon, Dom. public, nºs 1127 et 1128; Toullier, nº 136; — Metz, 11 juillet 1817; Cass., 17 mars 1819; Colmar, 29 juillet 1825, Dev. Pal.; Poitiers, 9 mai 1833, Dev., 1833, 2, 483.

(3) Le budget des finances porte au chapitre des recettes le prix de ces concessions. (Loi de finances du 16 juillet 1840.)

(4) Dur., nº 234; — Cass., 9 janvier 1843, Pal., 1843, 1, 492. *Voy.* cep. Pardessus, nº 106.

velles acquisitions nécessitent devaient causer un grave préjudice aux autres riverains ou aux propriétaires inférieurs, il y aurait lieu pour les tribunaux d'intervenir à l'effet de régler les droits de chacun (1).

645 — S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés.

= En matière de cours d'eau, l'autorité administrative détermine ce qui est d'utilité publique; mais les tribunaux sont seuls compétents pour prononcer sur les contestations qui s'élèvent entre les propriétaires riverains (Merlin, Rép., Cours d'eau, n° 6). La loi se borne ici à leur donner quelques conseils, tout en laissant à leur appréciation discrétionnaire les espèces, car elles peuvent varier à l'infini (2).

Rappelons à cet égard quelques principes : celui qui a une source dans son fonds peut retenir l'eau et en faire tel usage que bon lui semble; il en est propriétaire absolu (641), sous la restriction prévue par l'article 643; mais elle appartient, savoir : en propriété dans tout son parcours à celui dont elle traverse l'héritage, et pour moitié aux riverains, à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière (arg. de l'art. 561). — Toutefois, la propriété du cours d'eau est d'une nature particulière; elle est modifiée par cette considération que l'eau, par l'utilité qu'elle procure, appartient à la classe des choses communes; par conséquent les convenances particulières doivent fléchir, en certains cas, devant l'intérêt général.

S'il existe un titre ou une possession qui détermine la manière de jouir, ce titre ou cette possession devient une loi privée à laquelle les parties doivent se conformer sur tous les points.

A défaut de titre ou de possession, on observe le mode de jouissance déterminé par les règlements administratifs.

Ce n'est qu'à défaut de titre, de possession et de règlements administratifs, que les tribunaux peuvent intervenir pour déterminer la jouissance des riverains, par un règlement qui fixe le temps pendant lequel chaque propriétaire usera de l'eau, et même l'heure où il pourra s'en servir; en conciliant, autant que possible, l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété (3).

Bien que notre article parle seulement de l'agriculture, il n'est pas douteux que les mêmes règles recevraient leur application, si le cours

(1) Pardessus, n° 59; Ducaurroy sur l'art. 644; Proudhon, Dom. public, n° 1426; Daviel, t. 2, n° 576; Garnier, t. 2, n° 87; Toullier, t. 3, n° 836; — Limoges, 7 août 1838, Pal. 1839, t. 73.

(2) Cass., 22 avril 1840, Pal., 1840, 2, 100.

(3) Cass., 19 juin 1824, Dev. Pal.; D., Servitudes, p. 13. *Voy.* aussi plusieurs autres arrêts rapportés, p. 23 et suiv.

d'eau était utile à des entreprises industrielles, par exemple, à des usines; car l'industrie n'intéresse pas moins la société : toutefois, s'il y avait concours entre l'industrie et l'agriculture, nous pensons que l'agriculture devrait l'emporter (Dur., nos 219 et 220; Proudhon, t. 2, no 1452).

L'autorité administrative, étant investie de la police et de la surveillance des cours d'eau, peut faire, dans des vues générales, des règlements obligatoires pour tous les riverains dont l'eau traverse ou borde les héritages. — Les contraventions à ces règlements sont portées, suivant les cas, devant les tribunaux correctionnels ou de police (1).

Du bornage.

On appelle *bornage*, l'action de planter des bornes dans un endroit, et *borne*, la pierre, l'arbre ou le signe qui sert à marquer les limites de l'un et de l'autre héritage.

Ordinairement, le bornage se fait au moyen de pierres enfoncées en terre.

C'est le milieu de la borne qui forme la ligne séparative.

Le bornage donne lieu à deux opérations distinctes : la délimitation, et le placement des bornes.

Le bornage doit être ordonné par justice, si les parties ne peuvent s'entendre pour faire cette opération à l'amiable.

Tout propriétaire a le droit d'obliger son voisin au bornage de leurs propriétés *contiguës* (2).

Ce droit dérive du même principe que celui de demander le partage (815); il est fondé sur des motifs d'ordre public, puisqu'il tend à prévenir les procès et autres désordres.

Le bornage ne peut concerner que les fonds de terre : quant aux héritages urbains, ils sont plutôt *voisins* que limitrophes; les murs qui les séparent en déterminent l'étendue.

646 — Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs (3).

= L'action en *bornage* appartient non seulement au propriétaire, mais encore à toute personne qui possède l'héritage comme sien; car,

(1) Conseil d'État, 7 janvier 1831; Dev., 1831, 2, 349.

(2) Il ne faut pas confondre la *contiguïté* avec le *voisinage* : si deux héritages étaient séparés par un chemin public, par la propriété d'un tiers ou par une rivière, il n'y aurait pas lieu au bornage; mais il en serait autrement si les héritages n'étaient séparés que par un sentier ou même par un ravin. — Solon, no 61; Pardessus, no 118; — Cass., 30 décembre 1818; Rennes, 11 juillet 1829.

(3) Cet article (copié dans la loi du 28 sept.-6 oct. 1791, sect. 1re, art. 3) nous paraît placé à tort dans le titre 4 : en effet, il ne s'agit pas ici d'une servitude, d'une charge imposée sur un fonds en faveur d'un autre fonds, mais d'un acte de propriété.

jusqu'à preuve contraire, la possession emporte présomption de propriété.

Elle appartient, *à fortiori*, à l'usufruitier, à l'usager, à l'emphytéote, puisque leurs droits sont considérés comme des démembrements de la propriété (1).

Mais elle n'est pas accordée au fermier : celui-ci peut seulement actionner le propriétaire, son bailleur, pour qu'il ait à faire cesser le trouble (arg. des art. 1709 et 1727).

Inutile de dire que le possesseur temporaire ne peut consentir seul un bornage définitif : si le voisin ne veut pas s'en tenir à un bornage provisoire, il doit mettre en cause le nu-propriétaire.

Il faut distinguer l'*action en bornage* proprement dite, c'est-à-dire, celle qui a pour objet de faire placer des bornes qui n'existent pas ou qui n'existent plus, de l'*action en rétablissement des bornes*.

La première est *pétitoire*, puisque la question de propriété se trouve engagée.—Suivant les règles du Code, le tribunal était seul compétent pour en connaître ; la circonstance qu'elle est aujourd'hui déférée au juge de paix n'en a pas changé la nature.—Cette action est imprescriptible: d'abord, parce qu'il s'agit d'un acte de pure faculté, d'un acte qui ne peut, par conséquent, servir de base à la prescription (2232) ; ensuite, parce qu'il importe à la société que les propriétés particulières ne restent pas confondues (2).

La seconde doit être intentée dans l'année, puisqu'elle est possessoire (art. 23 Pr.); sans préjudice des peines prononcées par les articles 389 et 457 du Code pénal, modifiés, s'il y a lieu, par l'article 463.

Toute action en bornage doit être portée devant le juge de paix (loi du 25 mai 1838) (3).—Le juge de paix compétent est celui de la situation des biens (arg. des art. 3 et 59 Pr.).

Nous supposons, bien entendu, que les titres de propriété ne sont pas contestés; qu'il s'agit uniquement de déterminer l'endroit où il faut placer les bornes, de rendre les limites visibles, apparentes : si une question de propriété venait compliquer la difficulté, le tribunal d'arrondissement serait seul compétent (4).

Comme le bornage a pour objet l'intérêt des propriétaires contigus, l'opération se fait à frais communs, chacun en proportion de l'étendue de sa propriété.— En cas de contestation, par exemple, si les parties ne pouvaient s'entendre sur la limite de leurs fonds respectifs, celle qui succomberait serait tenue des frais du procès; mais il nous semblerait

(1) Toullier, n° 181; Fournel, Lois rurales, t. 2, p. 212; Pardessus, n° 166. Cet auteur argumente de ces mots de l'art. 646 : *tout propriétaire ;* mais l'erreur est évidente. *Voy.* cep. Bordeaux, 23 juin 1836, Pal., 1837, 1, 179.

(2) Pardessus, n° 150; Delv., p. 162, n° 10; Dur., n° 545.

(3) Le Code de procédure limitait la compétence du juge de paix au cas de déplacement de bornes, encore exigeait-il que la demande fût formée dans l'année ; après l'expiration de l'année, l'action devait être portée devant le tribunal (art. 3 et 25 Pr.). Depuis la loi du 25 mai 1838, le juge de paix est compétent pour connaître de l'une et de l'autre action.

(4) Cass., 1er février 1842, Pal., 1842, 1, 345.

toujours juste de leur faire supporter proportionnellement les frais d'arpentage (Pardessus, n° 129).

Au reste, le bornage n'est pas attributif, mais déclaratif de la propriété du terrain ; par conséquent, si l'arpentage a eu pour résultat d'attribuer à l'un des voisins plus de terrain que ne lui en donnait son titre, le titre prévaudra. — Lorsque les droits sur le terrain ont été acquis par prescription, on observe la maxime : *Quantum possessum tantum præscriptum.*

Des clôtures.

On appelle *clôture*, en général, tout obstacle qui a pour but d'empêcher l'entrée dans un lieu quelconque.

Les clôtures ont pour objet de prévenir la violation des propriétés.

Le droit de *se clore* (1), dont il est parlé dans cet article, ne doit pas être confondu avec le droit que l'article 663 donne à tout propriétaire de contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux frais de clôture de leurs héritages respectifs : l'article 647 confère un droit ; l'article 663 impose un devoir.

Loin de constituer une servitude, le droit dont nous allons parler n'est qu'un moyen de retour à la liberté naturelle des héritages.

647 — Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'article 682 (2).

= Le législateur a cru devoir s'expliquer formellement sur ce point, parce que, dans le but de favoriser la chasse et la vaine pâture, certaines coutumes refusaient aux propriétaires la faculté de se clore.

Cette faculté est une conséquence nécessaire du droit de propriété ; libre à chacun, en effet, d'interdire aux autres l'accès de ses terres.

Mais, en usant de son droit, le propriétaire est tenu de respecter celui des tiers : il ne pourrait, au moyen d'une clôture, se soustraire aux servitudes conventionnelles, naturelles ou légales ; il doit toujours laisser une ouverture suffisante pour l'exercice des servitudes particulières dont son héritage est grevé, en se bornant à établir une porte ou une barrière (Par-

(1) On peut clore un héritage en l'environnant de fossés, de pieux, de haies sèches ou vives, de murs, etc. ; il faut suivre à cet égard les usages locaux.

(2) Déjà la loi de 1791, art. 4, sect. 4, titre 1er, avait consacré ce principe.

L'héritage est réputé clos lorsqu'il est entouré d'un mur de quatre pieds de hauteur, avec barrière ou porte, ou lorsqu'il est exactement fermé et entouré de palissades ou de treillages, d'une haie vive ou d'une haie sèche faite avec des pieux ou cordelée avec des branches, ou enfin d'un fossé de quatre pieds de large et de deux pieds de profondeur (loi du 28 septembre 1791, art. 6).

Les articles 391 et 392 C. pén. ont complété cette disposition. Le premier est ainsi conçu : Est réputé parc ou enclos tout terrain environné..... de quelque espèce de matériaux que ce soit, quelles que soient la hauteur, la profondeur, la vétusté, la dégradation de ces diverses clôtures, quand il n'y aurait pas de portes fermant à clef, ou quand la porte serait à claire-voie et ouverte habituellement. L'art. 392 ajoute : Les parcs mobiles destinés à contenir du bétail dans la campagne, de quelque matière qu'ils soient faits, sont aussi réputés enclos.

dessus, nº 134) : l'état de clôture affranchit uniquement de la servitude légale de parcours et de vaine pâture (1).

Par exemple, un propriétaire qui aurait clos son héritage ne serait pas autorisé à refuser un passage au propriétaire enclavé ou qui n'aurait aucune autre issue pour conduire ses bestiaux sur le terrain soumis au parcours ou à la vaine pâture (art. 682-684); seulement une indemnité lui serait due, pourvu qu'elle fût réclamée dans les délais déterminés par l'art. 685. Ces délais expirés, il y aurait prescription (2).

648 — Le propriétaire *qui veut se clore* (3) perd son droit au parcours et vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait.

= En général, nul ne peut, sans titre, conduire ses bestiaux sur les héritages d'autrui; cependant, presque partout en France les habitants des campagnes sont dans l'usage d'envoyer paître leurs bestiaux sur leurs héritages respectifs, quand la terre est dépouillée de ses fruits. — Lorsque ce droit existe entre les habitants d'une même commune, on lui donne le nom de *vaine pâture* (4); il prend celui de *parcours*, et quelquefois celui d'*entre-cours* ou *marchage*, lorsqu'il s'exerce de commune à commune. Ainsi, le droit de parcours n'est qu'un droit de vaine pâture exercé sur une plus grande échelle (5).

Celui qui clôt son héritage perd son droit au parcours et à la vaine pâture en proportion du terrain qu'il y soustrait. Il est juste, en effet, que celui qui retire sa mise de la société ne prenne plus de part dans la mise des autres : par exemple, lorsqu'un propriétaire a clos le quart de son héritage, il ne peut plus faire paître que les trois quarts des bestiaux pour lesquels il avait ce droit antérieurement (6).

(1) Cass., 13 décembre 1808, Dev. Pal.

(2) Pardessus, nº 134; Delv., p. 165, nº 4; D., Serv., p. 30.

(3) C'est-à-dire qui s'est clos.— Cet article, de même que le précédent, est reproduit presque textuellement de la loi de 1791.

(4) Si le fonds produit foin et regain, on ne peut envoyer paître les bestiaux qu'après le regain.

On distingue la *grasse ou vive pâture* de la *vaine pâture :* la grasse pâture consiste dans le droit qu'ont les habitants d'envoyer paître leurs bestiaux sur le terrain d'autrui pendant que les fruits sont encore sur pied.

Quelques auteurs distinguent la *pâture vaine* de la *vaine pâture :* la pâture vaine, suivant eux, s'exerce sur les terres en friche, sur les terres vaines; elle se rapproche de la pâture grasse en ce qu'elle donne droit à tous les produits.

(5) Trois circonstances caractérisent le parcours : 1º il appartient toujours à une commune; — 2º il s'exerce sur le territoire d'une commune autre que celle qui en jouit; — 3º il contient toujours une obligation réciproque. (Bost, Org. mun.)

(6) La quantité de bétail est fixée par les conseils municipaux dans chaque commune, proportionnellement à l'étendue du terrain, à tant de bêtes par habitant; à défaut de règlements, par les usages locaux. A défaut de règlements et d'usages, les habitants peuvent envoyer à la vaine pâture tel nombre de bêtes que bon leur semble. — Cass., 24 janvier 1846, Pal., 1846, 2, 121. *Voy.* au surplus la loi du 28 septembre-6 octobre 1791, sur la police rurale, art. 12-16; la loi du 8 pluviôse an VIII, et la loi du 18 juillet 1857.

En décidant que l'on peut se soustraire au parcours et à la vaine pâture, la loi suppose un simple usage local : si le droit de pacage résultait d'une convention, cela constituerait une véritable servitude à laquelle on ne pourrait se soustraire par la clôture du fonds ; il faudrait alors observer la règle de l'article 701 (1) (art. 7, loi du 28 septembre 1791).

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

649 — Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers.

= Les servitudes dites légales sont celles que la loi seule a établies.— Les unes sont du ressort du droit public; — les autres sont régies par le droit civil.

Servitudes établies dans l'intérêt public.

L'intérêt public exige que les propriétés privées soient soumises à certaines servitudes : ces sortes de charges sont régies par des lois et par des règlements administratifs (2). Le Code civil s'est borné à indiquer les principales, savoir : le marchepied le long des rivières navigables ou flottables (659) et l'usage des cours d'eau (643).

650 — Celles établies pour l'utilité publique ou communale ont pour objet le marchepied le long des rivières navigables ou flottables, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux.

Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminé par des lois ou règlements particuliers.

= On appelle *marchepied*, le long des rivières, l'espace que les pro-

(1) Pardessus, n° 134; Delv., p 388; Favard, sect. 2, § 3, n° 4; Proudhon, Usage, n° 319; Dur., n° 265; Toullier, n° 161; Solon, n° 86; Troplong, Prescrip., t. 1er, p. 387; — Cass., 13 fructidor an IX, 25 floréal an XIII, 1er juillet 1840, Pal., 1840, 2, 746; Rennes, 27 mars 1842. *Voy.* cep. Merlin, Rép., v° Vaine pâture; Quest., *ibid.*, § 1er; *voy.* surtout les conclusions de ce jurisconsulte rapportées par Delv., 13 fructidor an IV, p. 517.

(2) *Voyez* entre autres la loi du 9 ventôse an XIII et l'acte du gouvernement du 16 décembre 1811, relatifs à la plantation des arbres sur le bord des chemins; — le décret du 9 mars 1808, qui défend de construire des édifices ou de creuser des puits à moins de 100 mètres des nouveaux cimetières. — Certaines obligations sont imposées aux propriétaires de maisons, notamment, quant à l'alignement, à la hauteur des constructions, au creusage des puits, à l'entretien et à la vidange des fosses d'aisances. — *Voyez* enfin le Code rural, titre 1er, sect. 6, § 1er, et le Code forestier.

priétaires voisins d'une rivière navigable ou flottable sont tenus de laisser sur les bords de la rive.

Cet espace doit être « de 24 pieds (8 mètres) au moins en largeur pour » chemin royal et trait de chevaux, sans que les riverains puissent » planter arbres, ni tenir clôtures ou haies, plus près que 30 pieds du » côté que les bateaux se tirent, et 10 pieds (3 mètres 33 cent.) de l'au- » tre bord (1). »

Ainsi, le marchepied le long des rivières navigables ou flottables se compose de deux chemins : le chemin de *halage* (le plus large), qui sert au tirage des bateaux, au dépôt des marchandises transportées, etc., et le marchepied proprement dit (le plus étroit, situé à l'autre bord), qui est destiné aux piétons. Ce dernier chemin était indispensable pour le sauvetage des trains et bateaux.

Des considérations d'intérêt public ont fait établir, en outre, qu'un marchepied limité à 4 pieds (1 mètre 33 cent.) serait laissé le long des rivières flottables à bûches perdues (2).

Le terrain affecté au marchepied n'appartient pas moins aux riverains; seulement il est grevé d'une servitude au profit de l'État (3.)—Une indemnité leur est due ; cette indemnité est fixée par l'autorité administrative : les tribunaux n'ont pas compétence à cet effet (4).

Il appartient également à l'administration de statuer sur les limites du marchepied (5).

Lorsque l'utilité publique nécessite la construction ou la réparation d'un chemin (6), les propriétaires voisins sont tenus de subir le dépôt sur leurs héritages des matériaux qui doivent être employés. — Bien plus, on peut, sous certaines conditions, s'emparer de leurs terrains et tirer de leurs propriétés les pierres ou autres matériaux nécessaires pour effectuer les travaux ; le tout, bien entendu, sauf indemnité (7).

Le propriétaire riverain d'un chemin vicinal est tenu d'entretenir ce chemin en bon état ; à défaut, il doit livrer passage sur son fonds joignant le chemin (8).

(1) *V.* Ordonn. de 1669, t. 28, art. 7; décret du 8 vend. an XIV, du 22 janvier 1800 ; ord. du 24 décembre 1818 ; Proudhon, Dom. pub., t. 3, nos 772-793, 871 et 872.

(2) Ordonn. de 1669, t. 28, art. 3; art. 7 de l'ordonn. de 1672; arrêt du 13 nivôse an V; avis du conseil d'État du 21 février 1822.

(3) *Voyez* loi du 9 ventôse an XIII, du 12 mai 1825; décret du 7 mars.

(4) Ordonn. du 25 août 1835, Dev. 1835, 2, 539; 6 mai 1836, Dev. 1836, 2, 572; 2 janvier 1838, Dev. 1838, 2, 226; — Caen 26 mai 1840, Dev. 1840, 2, 417; D., p. 41, 2, 31; 26 novembre 1844, Dev., 1845, 2, 365.

(5) Ordonn. du 26 juillet 1844, Dev., 1844, 2, 606.

(6) Lorsque la rivière, qui n'a pas toujours été navigable ou flottable, vient à être déclarée telle, le propriétaire peut exiger une indemnité à raison de la servitude dont se trouve frappé son terrain. (Jurisp. du conseil d'État, art. 3 de la loi sur la pêche fluviale.)

(7) Arrêté du conseil d'État du 7 septembre 1755 réglementé par la loi du 6 octobre 1791 et par celle du 16 septembre 1807.

(8) *Voy.* les lois des 28 sept.-6 octobre 1791, 16 septembre 1807, 28 juillet 1824 et 21 mai 1836; D., Voirie, sect. 1re; l'acte du 16 décembre 1811, le Code forestier, la loi du 9 ventôse an XII, relative à la plantation des arbres sur les chemins publics, et la loi du 10 juillet 1791 sur l'obligation où sont les propriétaires voisins d'une place forte de souffrir l'inondation de leur terrain.

Servitudes établies par la loi dans l'intérêt des particuliers.

651 — La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention.

= Les servitudes légales qui concernent l'intérêt particulier, sont fondées sur le principe que l'on doit permettre sur sa propre chose ce qui est utile aux autres, lorsqu'on n'en éprouve aucun préjudice, et qu'on ne peut user de son droit sans profit pour soi-même, lorsque cet usage peut nuire à autrui (1).

De ce principe, Pardessus, n° 142, tire deux conséquences que nous ne pouvons admettre ; il décide : 1° que le propriétaire d'un mur qui borde une rue ne peut refuser à celui dont la maison est située vis-à-vis, la faculté de blanchir ce mur pour se donner du jour ; — 2° que nul ne peut peindre le devant de sa maison de manière à absorber le jour de la maison voisine, ou à produire un reflet capable de nuire à celui qui l'occupe. — N'est-ce point là méconnaître le principe du droit de propriété ? Le mot servitude indique assez clairement qu'en dehors des restrictions légales ou conventionnelles, ce droit est exclusif, et qu'il doit pouvoir s'exercer librement.

Dans le système de Pardessus, il faudrait aller jusqu'à dire que le propriétaire d'un terrain doit souffrir momentanément sur son fonds, sauf indemnité, le dépôt des produits d'une tourbière, ou l'extraction des matériaux nécessaires pour construire : or, nul n'admettrait de semblables conséquences ; Pardessus lui-même les repousse (2).

652 — Partie de ces obligations est réglée par les lois sur la police rurale ;

Les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens, au cas où il y a lieu à contre-mur, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage.

SECTION PREMIÈRE.

DU MUR ET DU FOSSÉ MITOYENS (3).

Le mot *mitoyenneté* est composé de deux mots : *moi* et *toi ;* il exprime la communauté de clôture entre deux héritages contigus.

(1) C'est là une espèce d'obligation *quasi ex contractu*, mais elle n'existe que *propter rem*.

(2) Pardessus, n° 142; Domat, Lois civiles, l. 1re, t. 2, sect. 13, art. 2.

(3) Cette rubrique est incomplète : car elle ne mentionne ni les haies ni les arbres mitoyens (670-673), d'un autre côté, il est parlé dans cette section de matières qui n'ont aucun rapport avec la mitoyenneté (*V.* les art. 664, 670 et 673), de matières qui sont moins relatives aux servitudes qu'à la communauté de propriété ou à la manière de la constater et de déterminer le

Cependant, à proprement parler, les mots *mitoyen* et *commun* ne sont pas synonymes :

Une chose *commune* (ou *indivise*) est celle qui, non-seulement dans sa totalité, mais encore dans chacune de ses parties, appartient à plusieurs personnes, sans qu'on puisse déterminer la portion qui est propre à l'une plutôt qu'à l'autre.—Au contraire, la clôture mitoyenne est placée sur l'extrémité du terrain de deux héritages contigus; elle se divise, dans toute sa longueur, en deux moitiés ; chacune a son propriétaire distinct.— Toutefois, comme les parties sont inséparables et ne forment ensemble qu'un même corps, la chose peut être réputée commune; mais cette communauté n'est pas soumise entièrement aux règles ordinaires de la copropriété ; il y a notamment ces différences : 1° qu'elle ne peut cesser à la volonté de l'une des parties (815) ; 2° que chacun des copropriétaires est obligé de contribuer aux frais de réparation.

La présomption de mitoyenneté est fondée sur cette considération, que l'un et l'autre voisins ont un égal intérêt à se clore.

Cette présomption légale ne fléchit que devant un titre ou devant l'une des marques de non-mitoyenneté déterminées par la loi ; elle ne pourrait être efficacement combattue par la preuve testimoniale (arg. de l'art. 1352).

La mitoyenneté confère naturellement à chacun des copropriétaires le droit de se servir de la chose pour les usages auxquels elle est par sa nature destinée : ces usages peuvent se réduire à quatre principaux : bâtir contre le mur (657), l'exhausser (649 et 660), y appliquer des ouvrages, y faire des enfoncements (662).

L'état de communauté impose aux copropriétaires l'obligation de contribuer aux dépenses que peuvent occasionner la réparation et la reconstruction du mur (655); mais comme cette obligation n'existe que *propter rem*, chacun peut s'y soustraire en abandonnant son droit à la mitoyenneté (656).

Des considérations d'intérêt public ont fait admettre, à l'égard du mur qui se trouve sur la limite de deux héritages, une exception à la règle que nul n'est tenu de vendre ce qui lui appartient (661) : c'est en cela principalement que consiste la servitude.

Les principes relatifs à la mitoyenneté du mur s'appliquent, en général, à la mitoyenneté de la haie (666-669).—Il faut néanmoins observer qu'on ne peut, par analogie, appliquer ici la disposition de l'article 661, et contraindre le propriétaire de cette haie à en céder la mitoyenneté (670).

La même remarque s'applique *aux fossés*.—A la différence des murs et des haies, ils sont présumés mitoyens, bien qu'un héritage seulement soit en état de clôture (666 et suiv.).

mode de jouissance : telles sont celles qui ont rapport au mur, à la haie ou au fossé mitoyens ; celles qui concernent les maisons dont les étages appartiendraient à divers propriétaires ; enfin, celles qui servent à déterminer la propriété exclusive du mur, du fossé ou de la haie (*voy.* art. 672, notes).

La loi s'occupe d'abord de la mitoyenneté des murs (655 à 662); elle traite à cette occasion de l'obligation de se clore (663), et de l'indivision forcée de certaines parties d'une maison dont chaque étage forme une propriété distincte (664). — Les articles 666 à 679 concernent la mitoyenneté des fossés et celle des haies. — Enfin, les articles 671 et 672 déterminent quelques règles sur les arbres qui avoisinent l'héritage d'autrui.

Du mur mitoyen.

Le mur mitoyen est celui qui, placé sur la ligne séparative de deux héritages, appartient en commun aux deux propriétaires voisins.

La mitoyenneté peut être totale ou partielle : la partie mitoyenne peut se trouver soit dans la hauteur, soit dans la longueur, soit dans l'épaisseur du mur.

Un mur ne peut être mitoyen que par deux causes : ou parce que les deux voisins l'ont fait construire à frais communs sur l'extrémité de leurs héritages respectifs, ou parce que l'un d'eux l'ayant fait construire à ses frais sur l'extrémité de son héritage, l'autre voisin en a acquis la mitoyenneté (1) (661, 663).

653 — Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire.

= La présomption légale de mitoyenneté existe dans deux cas bien distincts :

1° Lorsque le mur sert de séparation entre bâtiments situés soit à la ville, soit à la campagne;

2° Lorsqu'il sert de séparation soit entre cours et jardins, soit entre enclos, même dans les champs.

Occupons-nous d'abord de la première hypothèse :

Tout mur servant de séparation entre bâtiments est présumé mitoyen. —Si les bâtiments sont d'une hauteur inégale, la mitoyenneté n'est présumée que depuis leurs fondations jusqu'à la hauteur du moins élevé, c'est-à-dire, jusqu'à l'*héberge* (2); et la partie du mur qui excède la sommité du bâtiment le plus bas appartient exclusivement au maître de la maison la plus élevée, lors même que l'excédant dépasserait le toit de cette maison (3) : on présume que le propriétaire du bâtiment a construit ce surcroît d'élévation, soit pour garantir son toit de la violence des vents, soit en vue d'exhausser un jour son édifice.

Quoiqu'il n'existe actuellement de bâtiments que d'un côté, si des vestiges annoncent qu'il y en ait eu autrefois de l'autre côté; par

(1) La mitoyenneté ne peut être considérée comme une servitude que sous ce dernier rapport.

(2) Vieux mot qui signifie couvert, abri.

(3) Dur., n° 306; Pardessus, n° 160; Pothier, Société, n° 203.

exemple, si l'on découvre des traces de cheminées ou autres restes d'édifice, le mur est présumé mitoyen jusqu'à la hauteur où se trouvent ces vestiges, de même qu'on le présumerait, si les bâtiments existaient encore. (Pardessus, n° 163.)

Mais lorsqu'il n'y a de bâtiments que d'un côté, et que de l'autre il n'existe point de vestiges; en d'autres termes, lorsque le mur sépare le bâtiment d'une cour ou d'un jardin, que faut-il décider? Quelques auteurs (1) admettent, d'après Pothier (Contrat de société, n°s 201 et 202), la distinction suivante :

Dans les villes et faubourgs, la loi permettant à chacun d'obliger son voisin à se clore (art. 663), tout mur, quoiqu'il n'existe de bâtiments que d'un côté, est censé mitoyen, mais seulement depuis la fondation jusqu'à la hauteur prescrite pour les clôtures : ce mur n'est donc présumé propre à celui des voisins dont il soutient le bâtiment que pour le surplus.

Au contraire, *dans les campagnes*, comme personne n'est tenu de se clore, le mur est présumé appartenir en totalité à celui des voisins dont il soutient le bâtiment : ayant seul besoin de ce mur, disent ces auteurs, on doit supposer qu'il a construit sur son terrain et à ses dépens.

Delvincourt, p. 167, n° 4, admet que dans les *villes et faubourgs* le mur doit être présumé mitoyen entre bâtiments, jardins ou cours, jusqu'à la hauteur ordinaire des clôtures; mais, pour les autres lieux, il établit une sous-distinction : « Si le jardin est clos de tous côtés, le mur doit être présumé mitoyen jusqu'à la hauteur du mur qui forme la clôture des autres côtés; si le jardin n'est clos que du côté du bâtiment, le mur doit être présumé appartenir en entier au propriétaire du bâtiment. » (Arg. de l'art. 630.)

Ainsi, Delvincourt admet la présomption de mitoyenneté dans un cas même où elle est rejetée par Pothier, puisqu'il professe que, même dans les campagnes, le mur du bâtiment est présumé mitoyen si le terrain voisin est clos de toutes parts.

Ces distinctions nous paraissent dénuées de base : d'abord, la loi ne porte point que le mur servant de séparation entre les bâtiments et les cours ou jardins est présumé mitoyen; elle ne déclare tel que celui qui sépare *deux bâtiments :* donc, s'il n'existe de bâtiment que d'un côté, le mur est censé appartenir au propriétaire de ce bâtiment. — Indépendamment de cet argument de texte qui nous paraît péremptoire, des considérations puissantes s'élèvent contre l'opinion de Pothier : « Le propriétaire du bâtiment, dit ce jurisconsulte, ayant pu, dans les villes et faubourgs, forcer le voisin à la confection du mur, suivant les règles du statut local, on doit présumer que l'un et l'autre ont contribué aux frais de clôture. » — Ce raisonnement n'est pas rigoureusement exact : le mur destiné à soutenir un bâtiment devant être plus épais, plus fort, plus élevé et dès lors plus coûteux qu'un simple mur de clôture, on doit présumer, au contraire, que le propriétaire a fait seul les

(1) Toullier, n° 187; Pardessus, n° 159.

frais de construction, puisque le mur n'a d'utilité réelle que pour lui : comment admettre que je puisse vous contraindre à participer pour 1,500 fr. à la confection d'un mur de bâtiment, quand 3 ou 400 fr. suffiraient pour la construction totale d'un mur de clôture?—Au surplus, les villes et faubourgs nous offrent une foule d'exemples de propriété exclusive de murs construits dans de pareilles conditions. — Le système de Pothier nécessiterait d'ailleurs une distinction entre les villes et faubourgs, d'une part, et les campagnes, d'autre part : alors on se jetterait dans l'arbitraire, puisque, malgré la généralité des termes de la loi, on restreindrait aux lieux où la clôture est forcée, une règle établie même pour ceux où elle est facultative. — Tenons donc pour certain que, dans les campagnes comme dans les villes, le mur n'est présumé mitoyen qu'entre bâtiments (1). Le Code s'écarte des anciennes règles et pose de nouveaux principes ; il ne faut point ajouter aux présomptions qu'il établit.

Passons maintenant à la seconde hypothèse de notre article.

La loi déclare *mitoyen*, le mur qui sert de séparation entre cours et jardins (et par conséquent entre cour et cour, jardin et jardin), même entre enclos dans les champs (c'est-à-dire entre deux champs qui se trouvent l'un et l'autre en état de clôture). Du reste, il n'est pas nécessaire que les deux fonds soient de la même nature (Dur., n° 604). — Si l'une des propriétés seulement se trouvait en état de clôture, on ne considérerait pas le mur comme mitoyen : par exemple, le mur qui séparerait un jardin ou une cour, d'un pré, d'un bois ou d'une terre labourable non enclos, serait censé appartenir au propriétaire du jardin ou de la cour.

Bien que notre article parle uniquement des enclos, on doit réputer mitoyen le mur qui sert de séparation entre deux fonds qui ne sont clos ni l'un ni l'autre : car l'un des propriétaires n'a pas plus de titre que son voisin à la propriété exclusive du mur (2).

— *Quid* si le mur de séparation n'est pas de la même nature que celui qui sert de clôture des trois autres côtés? ∽ Quelques personnes décident que le mur appartient au propriétaire dont le fonds est entouré d'une clôture semblable à celle qui sert de séparation ; bien plus, elles étendent cette décision au cas où l'un des héritages serait clos des quatre côtés par un mur neuf, tandis que l'autre serait entouré par un mauvais mur. ∽ N'est-ce point ajouter à la loi? Nous verrons, en effet, que l'article 654 n'admet que trois marques de mitoyenneté (Pardessus, n° 159).

Circonstances qui paralysent la présomption de mitoyenneté.

La loi présume la mitoyenneté du mur qui se trouve sur les limites de deux terrains contigus ; par conséquent, c'est à celui qui se prétend

(1) Dur., n° 303; Solon, n° 135; Zach., p. 44, t. 2 ; Marcadé sur l'art. 653; — Rouen, 9 juillet 1821, Dev. Pal.; Pau, 18 août 1834, Dev. 1835, 2, 298, Pal.; D. P., 35, 2, 47.

(2) Dur., n° 305; Pardessus, n° 159.

propriétaire exclusif du mur, à détruire cette présomption; la loi prend soin de déterminer le genre de preuves qu'il peut employer.

La présomption de mitoyenneté cesse : 1° lorsqu'il y a titre du contraire ; 2° lorsque l'un des voisins a acquis par prescription la propriété exclusive du mur (1); 3° lorsqu'il y a marque de non-mitoyenneté.

Le *titre* est soumis à toutes les formes et conditions requises pour la validité des actes ordinaires de propriété ; ses effets sont les mêmes, qu'il remonte à l'époque des constructions, ou qu'il ait une date postérieure.

Il va de soi que la preuve littérale de propriété exclusive doit prévaloir sur les marques de mitoyenneté: en effet, ces signes ne peuvent constituer que des présomptions ; or, les conjectures fléchissent naturellement devant une preuve positive (2).

On peut devenir, par prescription, propriétaire exclusif du mur mitoyen ; car la propriété ne met point obstacle à ce que l'un des associés puisse acquérir les droits des autres: mais il faut que les faits de possession aient été consécutivement réitérés pendant trente années, au vu et su du voisin, qui, loin d'y mettre empêchement, ou de faire aucune réserve, s'est abstenu de tout acte de mitoyenneté.

Duranton, n° 313, donne, pour exemples d'actes de nature à fonder en ce cas la prescription, les enfoncements (art. 662) ou les jours (art. 672) pratiqués dans le mur.

Pardessus, n° 161, ne considère pas ces faits comme suffisamment caractéristiques : On n'acquerra ainsi, dit-il, que le droit de maintenir les jours ou enfoncements, suivant la règle : *Tantum possessum, quantum præscriptum ;* une servitude et non un droit de propriété, les principes ne s'opposant pas à ce qu'un droit de cette nature soit constitué sur la chose commune au profit de l'un des copropriétaires.

Comme on le voit, il s'agit d'une pure question de fait: les tribunaux auront dès lors à examiner, eu égard aux circonstances, si les actes dont l'un des voisins entend se prévaloir doivent être classés parmi ceux que la propriété exclusive peut seule autoriser.—La divergence qui s'élève démontre qu'il faut des faits précis, non équivoques, tels que le voisin n'ait pu se méprendre sur leur caractère, et que l'on doive nécessairement induire du silence prolongé qu'il a gardé l'intention de renoncer à son droit. — Aucun doute ne s'élèverait, par exemple, si l'un des copropriétaires avait reconstruit ou fait réparer à ses frais un mur mitoyen; ou s'il avait joui paisiblement de ce mur pendant trente années : évidemment on ne pourrait lui refuser, en ce cas, le titre de propriétaire exclusif. (Pardessus, n° 161.)

Il nous semble même que l'existence de signes apparents de non-mitoyenneté placés dans le mur, au vu et su du voisin qui a laissé passer trente ans, ou même dix ou vingt ans, suivant les articles 2262 et 2265,

(1) Toullier, n° 188; Pardessus, n° 161; Merlin, Rép., v° Mitoyenneté, § 2, n° 8; Dur., n° 313; Zach., p. 45.

(2) Pothier, Contrat de société, n° 206; Dur., n° 311.

sans élever de réclamations depuis cette époque, doit avoir pour résultat de détruire l'effet des titres qui ont établi la mitoyenneté. On suppose naturellement alors que le mur a été reconstruit avec des signes de propriété exclusive (1).

Il va de soi que le voisin peut, par une possession de trente ans ou de dix ou vingt ans, acquérir par prescription le droit de mitoyenneté : la propriété établie par un titre ne met point à l'abri de la prescription.

Passons aux marques de non-mitoyenneté : elles résultent de certains caractères ou signes distinctifs déterminés par l'article 654.

654 — Il y a marque de non-mitoyenneté, lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné ;

Lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou des filets et corbeaux de pierre, qui y auraient été mis en bâtissant le mur.

Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre.

= Il y a marque de non-mitoyenneté dans trois cas :

1° Lorsque la sommité du mur est d'un côté en ligne droite, et présente de l'autre un plan incliné : le but de l'inclinaison du plan est de faciliter l'écoulement des eaux pluviales. — On présume que le propriétaire du terrain qui se trouve de ce côté, n'aurait pas consenti à recevoir seul les eaux, si le mur eût été mitoyen.

2° Lorsqu'il n'y a de *chaperon* ou de *filets* que d'un seul côté.

On appelle *chaperon*, le sommet en forme de toit, d'un mur de clôture : cette couverture est tantôt en tuiles ou ardoises, tantôt en ciment, chaux ou plâtre; son objet est de faciliter l'écoulement des eaux pluviales.—Il y a présomption de non-mitoyenneté, lorsque le plan n'est incliné que d'un seul côté.—La raison est la même que pour le cas précédent.

Les filets ou *larmiers* sont des moulures ou des pierres plates un peu saillantes, que l'on place au bas du chaperon, afin de rejeter l'eau hors du parement du mur, et d'empêcher que par sa chute rapide elle ne le dégrade.

3° Enfin, lorsqu'il n'existe de corbeaux que d'un seul côté.

On nomme *corbeaux*, des pierres en saillie placées dans le mur, de distance en distance, comme pour servir d'appui aux poutres, lorsqu'on voudra bâtir (2).

(1) Pardessus, n° 161; Marcadé sur l'art. 654; Toullier, n° 130; Delv., p. 167, n° 7.—*Vog.* cep. Dur., n°s 309 et suiv., et Zach., p. 45. Ces auteurs pensent que les signes de non-mitoyenneté ne suffisent pas pour détruire l'effet du titre; qu'il faut de plus des actes de propriété exclusive, ou qu'une contradiction régulière ait été opposée au porteur du titre.

(2) Il ne faut pas confondre les corbeaux avec les *harpes* ou *pierres d'attente* que l'on fait

Ces signes, lorsqu'ils ont été placés en construisant le mur, produisent une présomption de propriété exclusive, encore qu'ils n'aient pas trente ans d'existence. Toutefois, ils cèdent à la preuve résultant d'un titre qui établirait la mitoyenneté.

La marque de non-mitoyenneté, tirée du chaperon, des filets et des corbeaux, se justifie en outre par le principe qu'on ne peut avoir aucune saillie sur le terrain d'autrui.

Les filets et corbeaux ne produisent une présomption de propriété exclusive qu'autant qu'ils ont été placés dans le mur en le bâtissant; autrement, il serait facile de faire placer, clandestinement et après coup, des marques de la nature de celles dont il s'agit.—Si l'un des voisins articule que cet état du mur a eu lieu depuis la construction et sans titre, on ne peut lui refuser la faculté de prouver ce fait soit au pétitoire, soit au possessoire, et de faire rétablir les choses dans leur ancien état (Pardessus, nº 163).

On reconnaît qu'un corbeau a été placé en construisant le mur, quand la pierre dont une partie fait saillie est assise dans toute l'épaisseur du mur.

La présomption légale de mitoyenneté d'un mur séparatif de deux héritages n'admet d'autres exceptions que le titre et les marques du contraire; — la preuve testimoniale n'est pas recevable à l'effet d'établir que le mur a été construit par l'un des voisins, exclusivement et à ses frais : des témoignages oraux seraient trop sujets à erreur ou à prévention (1).

Les marques de non-mitoyenneté déterminées par cet article sont les seules qui puissent être admises; on ne pourrait se prévaloir des signes que l'on employait sous l'ancienne jurisprudence, tels que les anneaux, les chevilles ou les crochets; car la loi n'en fait pas mention (Pardessus, nº 162; Solon, nº 140).

— La possession annale suffirait elle pour détruire la présomption légale de mitoyenneté du mur? ✓✓ Cette question est controversée : En principe, dit Duranton, nº 314, la propriété est toujours présumée en faveur de celui qui a une possession annale régulière; cette présomption produit son effet tant qu'elle n'est pas détruite par la représentation d'un titre (art. 3 et 23 Pr.) : or, l'art. 654 ne déroge point à cette règle ; nous ne voyons pas pourquoi des faits de possession, qui pourraient, s'ils avaient continué pendant 30 ans, attribuer à l'un des voisins la propriété d'un mur, seraient insuffisants pour fonder le droit de possession. Ces faits, appliqués à la totalité du fonds voisin, produiraient leurs conséquences ordinaires : comment admettre qu'ils soient insuffisants pour détruire la présomption de mitoyenneté? Les deux voisins ne sont-ils pas, en définitive, propriétaires par moitié (*pro regione*) de la partie du fonds sur laquelle repose le mur? Quelle serait l'utilité de la possession annale, puisqu'elle ne dispenserait pas de produire un titre? On ne peut admettre que le législateur ait songé à maintenir cette

saillir du côté du voisin, afin que les deux maisons se trouvent liées ensemble s'il vient à bâtir. —Ces pierres ne sont qu'une continuation du mur, sous la forme de créneaux verticaux; elles ne se trouvent qu'aux prolongements des murs.

(1) Angers, 3 janvier 1850, Dal., 1850, 2, 18.

possession, comme il l'a fait par l'article 3 Pr., dans un cas où elle n'aurait pas d'effet. La présomption de mitoyenneté doit donc céder non-seulement aux titres contraires, mais encore à la possession annale (1). ✓ On peut répondre que les faits de possession exclusive, quand il s'agit d'un mur, ont souvent le plus grand rapport avec l'exercice du droit de mitoyenneté, et qu'à raison de leur caractère équivoque, circonstance qui vicie la possession à l'effet d'acquérir (2229), il est raisonnable de supposer que le législateur entend établir, en matière de clôture, des règles spéciales.—Mais, sans nous arrêter à ces considérations, rappelons les principes : celui qui possède depuis un an et un jour doit être maintenu provisoirement, même contre celui qui a un titre ; ainsi le veut la paix publique (art. 3 et 23 Pr.). La possession annale n'est qu'un fait à juger ; la propriété est un droit : or, je puis faire valoir mon droit de propriété résultant d'un titre ou d'une possession trentenaire contre celui qui vient d'être maintenu en possession d'an et jour. Le jugement rendu sur une action possessoire déclare seulement le fait d'une possession exclusive continuée depuis an et jour, voilà tout.— Le juge de paix, auquel la connaissance de cette sorte d'action est attribuée, n'a que ce fait à constater ; il n'a point à considérer si l'une des parties a un titre ; il n'examine point si la clôture est mitoyenne : il déclare qu'il y a preuve de possession annale en faveur de l'une des parties. Mais cette déclaration n'empêche pas que l'autre partie ne soit reçue à former ultérieurement une action pétitoire, et à faire juger la question de mitoyenneté par le tribunal civil, car c'est là une question de propriété. Rien ne s'oppose à ce qu'elle puisse invoquer contre la prise de possession annale, ou son titre, ou la possession trentenaire : jusqu'alors, la présomption légale de mitoyenneté subsiste, car elle équivaut à un titre (2). — Nous supposons que le possesseur n'a point de titre, ou, s'il a un titre, qu'il est de mauvaise foi : il va de soi que la possession de 10 ou 20 ans, fondée sur un titre et sur la bonne foi, le rendrait propriétaire exclusif du mur (2262 à 2265).—Au résumé, pour acquérir le droit de possession, il faut avoir possédé pendant un an et jour ; mais, pour devenir propriétaire, il faut avoir possédé pendant 30 ans, ou par 10 et 20 ans, suivant les cas ; alors on obtient gain de cause au possessoire et au pétitoire.

Si l'un des voisins avait acheté la mitoyenneté pour partie seulement, ou s'il avait exhaussé le mur mitoyen, quel serait l'effet des signes de non-mitoyenneté qu'il placerait? ✓ Il faut distinguer entre les signes qui par leur nature s'appliquent à la totalité du mur, et ceux qui ne produisent qu'une preuve partielle : parmi les premiers, on doit ranger l'existence d'une sommité, droite d'un côté et inclinée de l'autre. — Les filets ou corbeaux ne prouvent la non-mitoyenneté qu'à partir de l'endroit où ils se trouvent ; ce qui est au-dessous reste mitoyen. — Observons que la loi exige plusieurs corbeaux ou filets, sans doute pour que le placement indique d'une manière plus certaine le point où commence la propriété exclusive (Pardessus, n° 164 ; — Grenoble, 20 juillet 1822 ; D., Servitudes).

Lorsqu'il se trouve des signes de non-mitoyenneté des deux côtés, ces signes se neutralisent-ils, en sorte que l'on doive présumer la mitoyenneté? ✓ Oui, sans distinction, quand la clôture est forcée : peu importe que les signes soient de même nature ou de nature différente.—Mais, lorsque les deux fonds sont situés dans un village ou dans les champs, il faut distinguer : s'il s'agit d'un simple mur servant de séparation entre bâtiments, cours et jardins, ou entre enclos dans les champs, ces indices se neutralisent et font présumer la mitoyenneté, d'après

(1) *Voyez* en outre, en ce sens, Delv., p. 167, n° 14; Garnier, Act. posses., p. 240.

(2) Merlin, Mitoyenneté, n° 8; Toullier, n° 188; Pardessus, n° 165; Zach., p. 45; Marcadé sur l'article 670.

la règle générale; mais s'il n'y a qu'un seul fonds en état de clôture, les signes ne sont pas un indice suffisant de mitoyenneté : le mur est toujours censé appartenir en totalité au maître de ce fonds (Dur., nº 312; Toullier, nº 190; Delv., p. 167, nº 13).

Charges de la mitoyenneté.

655 — La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun.

= Chacun des propriétaires est dans l'obligation d'apporter à la conservation du mur tous les soins d'un bon père de famille : ils sont donc responsables l'un et l'autre des dégradations qui proviennent de leur fait, ou du fait des personnes dont ils doivent surveiller les actes; ils peuvent même être condamnés à des dommages-intérêts, à raison du préjudice résultant pour le voisin de la perte des ornements, peintures, etc., que ce dernier aurait placés contre le mur, ou de la privation d'un bâtiment dont il tirait quelque profit.

Lorsque, par vétusté ou par un accident qui ne peut être imputé à personne, le mur se trouve endommagé, l'état de mitoyenneté oblige chacun des voisins à contribuer pour sa part aux frais de réparation ou de reconstruction, et à supporter toute la gêne qui est la suite des travaux, quelque grave qu'elle soit, sans pouvoir réclamer aucune indemnité.

Mais l'un d'eux ne peut, sans s'exposer à supporter les frais, faire de sa propre autorité des réparations ou reconstructions; il doit obtenir le consentement de son copropriétaire, ou du moins un jugement : ce jugement ne peut être rendu que sur un rapport d'experts constatant la nécessité des travaux.

Il est bien entendu que la réparation des portions non communes est à la charge exclusive de celui à qui elles sont propres, ce qui ne le dispense pas de contribuer pour moitié à la réparation des parties mitoyennes.

Si le mur mitoyen n'a pas une épaisseur suffisante pour l'usage auquel il est destiné, chacun des copropriétaires peut exiger qu'il soit reconstruit à frais communs.

656 — Cependant tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne.

= Il est de principe que celui qui n'est obligé qu'à raison d'une chose qu'il possède (*propter rem*), peut s'affranchir des charges en abandonnant cette chose (2168).

Le copropriétaire du mur mitoyen est privé de cette faculté dans deux cas :

1° Lorsque le mur soutient un bâtiment qui lui appartient : — l'abandon doit être pur et simple; il serait dérisoire d'abandonner une chose et de s'en réserver la jouissance (1).

Doit-on établir une distinction entre les villes ou bourgs et les campagnes? (*Voy.* quest.)

2° Lorsque la réparation ou le rétablissement du mur sont occasionnés par le fait de ce copropriétaire ou des gens dont il est responsable : ce n'est plus alors comme propriétaire, mais comme personnellement obligé qu'il se trouve tenu; pour que l'abandon ait lieu utilement, il faut que les réparations soient rendues nécessaires par la vétusté du mur ou par des circonstances fortuites.

Si l'autre voisin néglige de faire les réparations et laisse tomber le mur en ruines, il est sans cause pour s'approprier le droit de son copropriétaire : celui qui a fait l'abandon peut rentrer dans ses droits et reprendre la moitié des matériaux et la moitié du terrain sur lequel le mur se trouve placé; car il n'a renoncé que pour se soustraire à la charge des réparations (Pothier, Cont. de soc., n° 221; Dur., n° 320).

L'abandon de la mitoyenneté ne fait point obstacle à ce qu'elle soit recouvrée par la suite, en payant la moitié des frais de reconstruction et la moitié de la valeur du sol (art. 664; Toullier, n° 221; Pardessus, n° 169).

— L'abandon de la mitoyenneté du mur, pour se dispenser des réparations ou des reconstructions, peut il avoir lieu malgré le voisin, si la clôture est forcée (663)? ✓✓ Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : l'article 656 C. civ. établit en règle générale que tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut s'affranchir de l'obligation de contribuer aux frais de reconstruction et d'entretien de ce mur en abandonnant son droit de mitoyenneté; la règle n'admet qu'une seule exception : celle énoncée dans le même article pour le cas où le mur mitoyen soutient un bâtiment appartenant à ce copropriétaire.—On prétend que l'article 663 consacre une deuxième exception à la règle de l'article 656. Si telle eût été la volonté du législateur, il s'en serait formellement expliqué; or, il a gardé le silence : comment croire qu'il ait eu la pensée de restreindre, et, pour ainsi dire, de détruire, par l'article 663, une faculté qu'il venait d'accorder de la manière la plus générale par l'article 656? Après avoir établi une première exception, il n'eût pas manqué d'ajouter que le principe souffrait encore une exception nouvelle pour les murs de clôture situés dans les villes et faubourgs : loin de là, nous voyons, dans la discussion au conseil d'Etat, qu'il a été dominé par des pensées toutes contraires (*voyez* la question suivante).—L'article 663 est en parfaite harmonie avec les articles 653, 655 et 656 : ce dernier article embrasse dans la généralité de ses termes tant les villes que les campagnes; toute distinction serait arbitraire (2). ✓✓ Des considérations puissantes s'élèvent cependant contre ce système : on peut

(1) Pardessus, n° 168; Toullier, t. 3, no 220; Dur., n° 320; Delv., t. 1er, p. 168, n° 4.

(2) Fenet, t. 11, p. 266; Locré, Législ., t. 8, p. 343 et suiv.; Malleville sur l'art. 663; Toullier, nos 163, 217 et 218; Solon, n° 178; Dur., n° 319; Zach., § 240, n° 7; Marcadé sur l'art. 663; Favard, Rép., Servitudes, sect. 2, § 4, n° 4; — Cass., 29 décembre 1819 et 5 mars 1828; Toulouse, 7 janvier 1834, Dev. 1834, 2, 364; Douai, 5 février 1840, Dev. 1840, 2, 203; Angers, 12 mars 1847, Pal. 1847, 1, 649; Dev. 1847, 2, 65.

répondre que l'article 663 établit implicitement une deuxième exception à la règle de l'article 656, exception fondée sur l'ordre public, intéressé à ce que les clôtures soient mieux entretenues dans les villes que dans les campagnes. Remarquons, en effet, que cet article est renouvelé des anciennes coutumes, particulièrement des articles 209 et 210 de la coutume de Paris : « Dans les villes, dit Pothier (Contrat de société, n° 223), où il y a une loi qui oblige les voisins à construire à frais communs un mur de clôture pour s'enclore, chacun des voisins est obligé de contribuer aux réparations et même à la reconstruction du mur de clôture, sans qu'il puisse se décharger de cette obligation en offrant d'abandonner sa part dans la communauté du mur.» Il n'apparaît nullement de la discussion au conseil d'Etat que le législateur ait entendu innover ; les articles 656 et 663 doivent dès lors trouver leur interprétation à la source même où ils ont été puisés : or, d'après la coutume de Paris, la faculté de se soustraire aux charges par l'abandon de la mitoyenneté du mur et du terrain, n'était admise que hors des villes et faubourgs. — D'ailleurs, l'équité veut qu'il en soit ainsi : comment admettre qu'un propriétaire qui se clôt, pour satisfaire à la loi, par mesure de sûreté publique, puisse être tenu de supporter en totalité une dépense qui profiterait autant à son voisin qu'à lui ; de remplir seul une obligation que la loi impose à tous deux, à laquelle, par conséquent, nul ne saurait se soustraire ? — Il nous paraît que, sous le Code civil comme sous l'empire de la coutume de Paris, l'un et l'autre propriétaire doivent nécessairement concourir (sans pouvoir se dégager par l'abandon) à la réfection du mur mitoyen jusqu'à la hauteur déterminée pour la clôture par les règlements et usages locaux, et même pour une plus grande hauteur, si le mur soutient des bâtiments qui s'y trouvent adossés. L'article 663 consacre une règle spéciale pour les cas qu'il a désignés ; il ne se réfère, par aucune expression, à l'article 656 (1). — Quoi qu'il en soit, nous devons reconnaître que la cour de cassation n'a pas admis cette interprétation.

Peut-on, dans les villes et faubourgs, se dégager de l'obligation de contribuer à la clôture, en abandonnant la moitié du sol sur lequel on doit construire le mur, et en renonçant à la mitoyenneté (*voyez* art. 663)?

Effets de la mitoyenneté.

Trois cas principaux sont prévus : il s'agit d'appuyer des ouvrages contre le mur, d'y faire des enfoncements (657), ou enfin de l'exhausser (658 et 659).

657 — Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir (2) la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée (3).

(1) Pardessus, n° 168; Delv., p. 168, n° 5; — Angers, 23 avril 1819; Dalloz, note, 1847, 2, 65; Paris, 29 juillet 1823; Bordeaux, 7 décembre 1827; Rennes, 16 décembre 1829, Dev. Pal.; Amiens, 15 août 1838, Pal. 1839, 1, 576.

(2) L'*ébauchoir* est un outil de charpentier au moyen duquel on enlève des portions d'une poutre sans la déplacer.

(3) Selon quelques personnes, l'art. 657 et l'art. 662 règlent des cas différents : dans

= La communauté d'une chose donne à chacun de ceux à qui cette chose appartient le droit de s'en servir pour les usages auxquels elle est par sa nature destinée : or, pourquoi fait-on un mur mitoyen? c'est pour se clore, pour bâtir contre, et pour y appuyer des ouvrages.

Celui qui veut élever un bâtiment contre le mur mitoyen peut donc faire placer dans l'épaisseur de ce mur des poutres ou solives; ajoutons, par analogie, des chambranles de cheminée, des harpes en pierre, ou des barres de fer, à charge toutefois de faire déterminer par experts, ainsi que nous le verrons sous l'art. 662, les précautions à prendre pour que les ouvrages projetés ne soient pas nuisibles.

Il faut seulement observer qu'on ne peut jamais placer sur le sommet du mur aucun ouvrage qui occasionnerait une saillie du côté du voisin ; par exemple, des corniches ou même des gouttières (quand même elles auraient pour objet de ramener les eaux sur son héritage) (1), car ce serait empiéter sur le terrain de ce dernier; ni user de la chose de manière à porter atteinte, soit aux droits que la mitoyenneté confère à l'autre, soit à une servitude établie en faveur de ce dernier (Pardessus, n° 171 ; Toullier, n° 212).

Les règlements interdisent aux copropriétaires d'un mur mitoyen d'adosser contre ce mur des bois, du fumier, des terres ou autres choses, sans observer les mesures d'usage pour prévenir les dégradations, et d'élever les matériaux assez haut pour qu'on puisse voir chez le voisin.

Le voisin qui n'a pas acquis le droit de mitoyenneté du mur ne puet évidemment faire usage de ce mur ; il n'a pas même le droit d'y appliquer des vignes ou des espaliers (2).

658 — Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur.

= Chacun des voisins peut non-seulement se servir du mur mitoyen pour y appuyer des bâtiments, mais encore exhausser ce mur.

La loi ne restreint pas la faculté d'exhausser le mur mitoyen au cas où celui qui fait les travaux voudrait bâtir : il peut avoir d'autres justes motifs, par exemple, celui d'empêcher les vues que l'on aurait sur sa propriété.

Le voisin ne pourrait se plaindre de cet exhaussement, lors même qu'il causerait de l'obscurité ou de l'humidité à sa maison :

Néanmoins, si les inconvénients qui en résultent étaient graves à

l'art. 662 il s'agit, suivant elles, de travaux qui diminuent la solidité du mur ; dans l'art. 657, il s'agit de travaux qui ne nuisent pas à sa solidité. Mais cette opinion ne saurait être admise ; il faudra toujours une expertise pour constater que les travaux ne peuvent opérer de surcharge.

(1) Pardessus, n° 171; Toullier, n° 212.

(2) Paris, 30 janvier 1811, S., 13, 2, 322; Cass., 10 janvier 1810, Dev. Pal.

ce point, qu'ils rendissent la maison voisine inhabitable, surtout s'il y avait lieu de croire que l'exhaussement a été fait dans le but de nuire, on pourrait faire réduire la partie exhaussée : *malitiis non est indulgendum* (1).

Quoique le mur soit suffisant pour supporter l'élévation, la loi oblige celui qui fait les travaux à payer à l'autre voisin *l'indemnité de la charge* (c'est-à-dire, de la surcharge); car il arrivera, par exemple, que le mur, qui n'aurait eu besoin de réparation qu'au bout de dix ans, en aura peut-être besoin au bout de six.

Cette indemnité se règle, aux termes de la loi, *en raison de l'exhaussement et suivant la valeur*, c'est-à-dire, d'après l'estimation des experts, eu égard à la valeur de l'ancien mur sur lequel se fait l'exhaussement (2).

Le voisin devient propriétaire exclusif du surhaussement qu'il a construit (arg. des art. 658 et 660 combinés). De là, trois conséquences : — 1° il peut retirer de cette partie du mur tous les avantages qu'elle est susceptible de produire; — 2° il doit supporter seul tous les frais de construction ou de réparation; — 3° enfin, il est tenu de faire sur son terrain tous ouvrages nécessaires pour mettre le mur en état de supporter le surhaussement.

On n'a point égard, pour faire cette évaluation, au prix réel de l'exhaussement ; car la surcharge est la même, que les constructions aient été bien ou mal faites.

S'il existe des bâtiments du côté opposé, et qu'il soit nécessaire de les étayer ou de déplacer le toit qui les couvre, le voisin n'est point fondé à réclamer une indemnité pour la gêne momentanée que les travaux lui causeront (3); c'est là une servitude légale, une charge de la mitoyenneté.

Mais aussi on doit l'affranchir de tous frais et l'indemniser de toutes pertes (4) : par exemple, il peut exiger que les travaux, treillages et peintures qu'on aurait été obligé de détruire pour faire l'exhaussement soient rétablis; qu'on élève sa cheminée, si elle se trouve dépassée par le mur, afin d'éviter un refoulement de fumée qui rendrait les appartements inhabitables ou incommodes (arg. de l'art. 1382) (5).

Il en serait autrement, si l'exhaussement ou la reconstruction avait eu lieu dans l'intérêt commun : chacun des voisins supporterait alors les frais du rétablissement des travaux qui existaient de son côté.

(1) Dur., nos 350 et 352; Toullier, nos 202 et 203; Pardessus, n° 173; Delv., p. 169, n° 1; Solon, n° 156; — Metz, 12 juin 1807; Paris, 4 mai 1813; D., Serv., p. 40; Rennes, 9 juillet 1821, Dev. Pal.

(2) La coutume de Paris, art. 197, accordait, à titre d'indemnité, le sixième de la valeur des nouvelles constructions (*voy.* Pothier, quasi-contrat de communauté, n° 213). — Les auteurs du Code ont adopté une base plus conforme à l'équité, en remplaçant cette fixation uniforme par une évaluation variable (Dur., n° 332).

(3) Pardessus, n° 174. *Voy.* cep. Delv., p. 168, n° 9; Dur., n° 331; Toullier, nos 208 et 209; — Paris, 4 mai 1813, Dev. Pal.

(4) Toullier, p. 140; Pardessus, n° 174; — Caen, 28 juin 1844, Pal., 1845, 1, 469.

(5) Delv., p. 168, n° 2; — Paris, 4 mai 1813. *Voy.* cep. Dur., n° 331.

De même qu'on peut bâtir en élévation sur le mur mitoyen, de même on peut bâtir en profondeur sous ce mur; par exemple, pour faire des caves, en prenant les précautions nécessaires pour ne pas nuire aux voisins (Pardessus, n° 175).

Si les travaux se prolongent, le voisin peut faire déterminer par le tribunal, pour les achever, un terme convenable, eu égard à leur nature et à leur importance ; il s'agit d'une question de fait (1) (arg. de l'art. 1724; Pothier, Société, n° 215).

— Le copropriétaire d'un mur mitoyen, qui a construit à ses frais un surhaussement, peut-il pratiquer dans cette partie du mur, comme il en aurait la faculté si le mur lui appartenait en totalité, des jours à fer maillé et à verre dormant autorisés par les articles 676 et 677 ? ∽ Pour la négative, on raisonne ainsi : toute servitude est une restriction à la propriété du terrain sur lequel ce droit s'exerce ; dès lors, elle ne peut recevoir d'extension : or, la faculté d'ouvrir des jours à fer maillé et à verre dormant n'est accordée par la loi qu'au propriétaire du mur *non mitoyen*. A la vérité, le surhaussement du mur n'est pas mitoyen ; mais cette partie non mitoyenne étant appuyée sur un mur mitoyen, et ce mur portant lui-même sur un terrain commun, il s'ensuit que le surhaussement porte pour moitié sur le terrain voisin, et prend le caractère de la partie du mur qui lui sert de base : le copropriétaire d'un mur mitoyen n'a donc pas un droit exclusif sur l'exhaussement qu'il a construit à ses frais (2). ∽ Cette doctrine est contraire à la lettre et à l'esprit de la loi (3). Le constructeur devient propriétaire de la partie exhaussée, nul ne le conteste ; cela résulte évidemment : 1° de l'art. 658, qui met à sa charge la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien, et qui l'oblige à payer une indemnité ; 2° de l'article 659, qui l'oblige à reconstruire le mur en entier, et à prendre l'excédant d'épaisseur de son côté, s'il n'est pas en état de supporter l'exhaussement ; 3° enfin de l'article 660, qui accorde au voisin la faculté d'acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense. Puisqu'il est propriétaire, il a donc tous les droits attachés à la propriété qui ne lui sont pas enlevés par une disposition formelle : dans l'espèce, où est le texte qui les restreint ? L'article 676, sur lequel on se fonde, ne dit pas qu'il faut être propriétaire de la totalité du mur, depuis sa base jusqu'au sommet, pour avoir le droit d'y pratiquer des ouvertures ; mais qu'il faut avoir la propriété du mur : or, la partie exhaussée forme une propriété distincte du reste du mur, ainsi que nous venons de l'établir.—L'exhaussement, dit-on, surchargera la portion mitoyenne, laquelle porte sur les terres limitrophes de la propriété voisine. Cela est vrai ; mais on prend cette circonstance en considération pour fixer l'indemnité ; en sorte que cette indemnité, calculée sur le dommage éventuel, devient le prix du droit que le constructeur acquiert d'user de la partie qu'il a élevée comme des choses à lui propres. Il s'agit en quelque sorte d'une vente forcée que, par un motif d'intérêt public, la loi impose à l'un des voisins au profit de l'autre.— «Pour être conséquent, dans le système de la cour de Douai, dit Duranton, n° 333, il fau-

(1) Dur., n° 331; Toullier, n°s 208 et 211; Pardessus, n° 174, décident que le terme ne peut excéder 40 jours, et qu'après ce délai il est dû indemnité : mais ces auteurs ne remarquent pas qu'il existe une différence entre la position du locateur qui manque à l'obligation qu'il s'est imposée de faire jouir, et celle des copropriétaires qui se trouvent en présence par l'effet de la communauté légale.

(2) Douai, 17 février 1810, Dev. Pal.; Dal., Servitudes, p. 42.

(3) Dur., t. 5, n° 333; Dal., v° Servitudes, sect. 3, art. 2, § 1er, n° 40; Solon, Servitudes, n° 157; Pardessus, n° 211.

drait également décider, lorsque les divers étages d'une maison appartiennent à plusieurs divisément, qu'aucun des copropriétaires, pas plus celui du rez-de-chaussée que celui de l'étage supérieur, n'a le droit de pratiquer de pareils jours ; car aucun d'eux n'est propriétaire exclusif du mur, dans le sens que l'a entendu la cour ; et cependant nous voyons, dans l'article 664, que chacun contribue aux réparations et constructions des gros murs suivant la valeur de l'étage qui leur appartient, ce qui indique bien que les différentes parties du mur sont en quelque sorte des dépendances de chaque étage. Irait-on jusqu'à contester à chacun d'eux le droit d'éclairer son appartement suivant le mode tracé par les articles 676 et 671 ? »—Au surplus, le propriétaire voisin a un moyen bien simple de faire supprimer les jours : libre à lui d'acquérir la mitoyenneté (*voyez* art. 660).

659 — Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté.

= Dans le cas prévu par cet article, il n'est pas dû d'indemnité à raison de la surcharge, puisque le mur est reconstruit et fortifié aux dépens de celui qui fait l'exhaussement.

Le mur sera-t-il mitoyen dans toute son épaisseur? Duranton, n° 330, se prononce pour l'affirmative : c'est là, dit cet auteur, une des conditions de l'exercice du droit qui lui est conféré. Nous pensons, néanmoins, que le mur ne sera mitoyen que pour l'épaisseur qu'il avait précédemment, puisque l'excédant d'épaisseur est pris sur le fonds voisin.

A fortiori, déciderons-nous que, si le voisin, au lieu de reconstruire le mur, s'est borné à établir sur son terrain un contre-fort, ce mur sera propre au voisin qui l'aura fait élever.

L'espace de 54 millimètres, que doit respecter, du côté du voisin, aux termes de l'article 657, le copropriétaire qui veut faire placer des poutres ou solives dans le mur, se calcule, non sur l'ancienne épaisseur, mais sur l'épaisseur actuelle. En effet, le seul but que se propose la loi, en prescrivant cette mesure, est d'empêcher que le parement ne soit endommagé.

Acquisition de la mitoyenneté du mur.

La loi déroge, en matière de mitoyenneté, au principe que nul n'est tenu d'aliéner sa chose : en vue d'épargner aux voisins limitrophes des constructions inutiles, et surtout la perte du terrain (ce qui touche à l'intérêt public), elle accorde à tout propriétaire joignant un mur, le droit d'en acquérir la mitoyenneté. Cette acquisition peut être l'objet d'arrangements particuliers ; mais il importait de prévoir le cas où les parties ne parviendraient pas à s'entendre : tel est l'objet des articles 660, 661 et 662.

660 — Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a.

= La loi donne à celui qui n'a pas contribué à l'exhaussement du mur mitoyen, la faculté de forcer en tout temps son voisin à lui céder la mitoyenneté de cet exhaussement.

Mais comme il est juste que le copropriétaire, vendeur forcé, soit rendu parfaitement indemne, la loi oblige l'acheteur à payer, non pas, comme dans le cas de l'article suivant, la moitié de la valeur actuelle du mur, mais la moitié de la dépense que cet exhaussement a coûté.

Pourquoi cette différence? On a craint que le propriétaire voisin ne refusât de contribuer aux frais de l'exhaussement, dans l'espoir de pouvoir en acquérir par la suite la mitoyenneté à un prix inférieur à ce qu'il aurait coûté.

661 — Tout propriétaire joignant un mur, a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti.

= Pour que la mitoyenneté du mur puisse être acquise, il faut que ce mur joigne l'héritage voisin.

Le mur que l'on veut rendre mitoyen s'estime, non pas eu égard à ce qu'il a coûté à construire, mais eu égard à sa valeur présente; car le prix d'une chose que l'on vend est toujours estimé ce qu'elle vaut au temps de la vente. (Proudhon, nº 137.)

Celui qui veut acquérir la mitoyenneté n'est pas forcé de payer la moitié de la valeur de la totalité du mur et du sol; il a le droit de n'acheter que la hauteur ou la longueur qui lui est nécessaire : dans ce cas, il ne paye qu'une valeur proportionnelle à la partie qu'il rend mitoyenne, mais toujours jusqu'aux fondations : il résulte, en effet, de l'article 661, que l'on doit, dans tous les cas, payer la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est construit.

D'un autre côté, il est tenu de payer la moitié de ce que le mur vaut réellement; il ne peut valablement offrir un prix inférieur, même sous prétexte qu'on a employé des matériaux d'un prix trop élevé, ou que le but qu'il se propose n'exige pas un mur d'une épaisseur aussi considérable : la règle de l'article 661 est exorbitante; il ne faut point aggraver sa rigueur.

Pardessus, nº 155, décide que, dans les villes et faubourgs, le propriétaire du mur ne peut exiger plus que la valeur d'un mur qui serait construit avec les matériaux et dans les dimensions usités pour ces

sortes de clôture. Cette modification nous paraît inadmissible, car l'article 661 est conçu en termes généraux et absolus; d'ailleurs, aucun texte n'oblige le voisin à se rendre acquéreur de la mitoyenneté.

Toutefois, il ne faut rien exagérer : si les constructions dépassent les limites raisonnables ; par exemple, si le propriétaire du mur a fait établir des caves qui aient exigé des fondations plus profondes et plus épaisses que celles qui sont nécessaires pour les bâtiments ordinaires, le voisin ne doit payer la valeur du mur que jusqu'à concurrence de l'utilité qu'il peut en retirer, eu égard aux travaux qu'il se propose de faire. (Pardessus, n° 156; Dur., n° 327.)

Le prix doit être fixé par experts, quand les parties ne peuvent s'entendre sur ce point; mais les frais d'expertise ne sont pas supportés en commun comme pour le bornage : l'acquéreur en est seul tenu, parce que cette opération n'a pour objet que son utilité personnelle (1).

Lorsque l'acquéreur a fait des offres, si ces offres sont jugées suffisantes, les frais ultérieurs de procédure sont à la charge du vendeur, conformément à la règle générale, suivant laquelle toute partie qui succombe doit supporter les dépens (130 Pr.) (2).—Mais l'acquéreur ne supportera pas moins les frais d'expertise, car il faut, dans tous les cas, fixer la valeur de la mitoyenneté (3).

Le propriétaire du mur ne peut, sous aucun prétexte, se refuser à en céder la mitoyenneté, quand même ce mur existerait depuis plus de trente ans, quand même cette aliénation pourrait lui préjudicier, par exemple, si elle devait entraîner la suppression des jours qu'il y avait pratiqués : c'était pour le voisin une simple faculté de rendre le mur mitoyen ; or, les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possession ni prescription (art. 2232); la loi ne détermine aucun délai (4.)—Ce voisin n'est même pas tenu de prouver que la mitoyenneté lui est nécessaire; il suffit qu'il la demande; le propriétaire ne peut la refuser.

— Pour qu'un propriétaire puisse acquérir la mitoyenneté du mur, faut-il que ce mur soit contigu à son héritage, de telle sorte que, s'il en était séparé par le moindre espace, l'acquisition ne pourrait avoir lieu? — L'article entendu en ce sens pourrait être facilement éludé; car il suffirait au propriétaire qui voudrait construire, de laisser entre ses bâtiments et le fonds voisin un espace de quelques centimètres. — Lorsque l'espace est trop peu considérable pour servir à au-

(1) Pardessus, n° 158; — Limoges, 12 avril 1820, Dev. Pal.; Riom, 11 juillet 1838, Dev. 1839, 2, 417; D. P., 40, 2, 19.

(2) Toullier, n° 195; Favard, Rép., Serv., sect. 2, n° 54; Dur., n° 328; — Limoges, 12 avril 1820; D., Serv., p. 44, Dev. Pal.

(3) Toullier, n° 195; Duranton, n° 328; Favard, Serv., sect. 2, § 4, et Solon, Serv., p. 22, pensent que les frais de l'expertise doivent rester à la charge du propriétaire du mur quand les offres sont jugées suffisantes; mais l'erreur nous paraît évidente. Dans tous les cas, une expertise devait intervenir.

(4) Solon, n° 142; Delv., p. 555; Merlin, Rép., v° Vue, § 3, n° 8; Dur., n° 325; Rolland, v° Mitoyenneté, n° 57; Pardessus, n° 211; — Cass., 1er décembre 1815; Toulouse, 28 décembre 1832, Dev. 1833, 2, 632; D. P., 1833, 2, 171; Paris, 18 juin 1836, Dev. 1836, 2, 403; D. P., 1836, 2, 137; Toulouse, 2 février 1844, Dev. 1844, 2, 291; D. P., 1844, 2, 183; Pal. 1844, 1, 278.

cun usage, on ne doit point y avoir égard ; le propriétaire qui veut acquérir la mitoyenneté doit alors payer, non-seulement la valeur de la moitié du mur et du sol sur lequel il est élevé, mais encore celle du terrain qui le sépare du mur (Pardessus, nº 154 ; Delv., p. 167, nº 15; — Bourges, 9 déc. 1837, Pal., 1838, 2, 179; Dev., 1838, 159. *Voy.* cep. Dur., nº 324).

L'article 661 autorise tout propriétaire joignant un mur à en acquérir la mitoyenneté ; l'article 675 porte que l'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune ouverture : de ces deux articles combinés naît la question de savoir si l'acquisition de la mitoyenneté d'un mur donne le droit de faire boucher les jours existants? ∿Distinguons : si les ouvertures ont été pratiquées suivant les règles prescrites par les articles 676 et 677, cette faculté appartient incontestablement à l'acquéreur ; l'article 675 nous paraît formel (1).

Que devrait-on décider cependant si les jours subsistaient depuis plus de 30 années?∿La loi porte, dit Toullier, nº 527, que le voisin ne pourra *pratiquer* dans le mur mitoyen aucun enfoncement sans le consentement de son copropriétaire ; mais elle ne défend pas de maintenir ceux qui existent. L'ancien propriétaire avait un droit acquis ; on n'a pu le lui enlever. Cette circonstance, assurément, ne met point obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté ; mais alors l'acquéreur prend les choses dans l'état où elles se trouvent ; il s'agit d'une sorte d'expropriation. ∿ Cette théorie n'est point admissible : en pratiquant des jours dans les limites tracées par ces articles, le propriétaire du mur s'est renfermé dans le droit commun ; il a usé d'une faculté que lui conférait son titre, sans rien acquérir sur la propriété voisine ; par conséquent, il n'a pu maintenir les jours que sous la réserve du droit conféré au voisin par l'article 661, de réclamer les effets de la mitoyenneté : peu importe dès lors qu'ils aient subsisté pendant plus de 30 années : la tolérance de la loi est comme celle des particuliers, elle ne peut fonder ni titre, ni possession, ni prescription ; on ne peut prescrire contre le voisin la faculté d'acquérir la mitoyenneté du mur, par conséquent on ne peut l'empêcher de boucher les jours quand il se rend copropriétaire ; jusqu'alors, la prescription n'a pu courir contre lui : *Contra non valentem agere non currit prescriptio* (2).

L'acquéreur doit-il du moins laisser subsister les jours jusqu'au moment où il bâtira contre le mur?∿La jurisprudence écarte toute distinction.—Les termes de la loi sont généraux et absolus : l'article 660 permet d'acquérir la mitoyenneté sans restriction ni modification. L'acquéreur se fonde sur des considérations de sûreté ; son but est de se soustraire aux regards du voisin ; ce serait évidemment trop exiger de lui que l'obliger à construire pour faire boucher les jours (3).

Passons au cas où les jours auraient été pratiqués contrairement aux

(1) Zach, § 244, nºs 13 et 14; Curasson, t. 2, p. 231; 30 mai 1838, Dev., 1838, 1, 818; D. P., 38, 1, 281; Pal., 38, 2, 279.

(2) Dur., nºs 325 et 333; Merlin, Rép., vº Vue, § 3, nº 8; Pardessus nº 211; Solon, nºs 143 et 305; Zach., p. 61; — Cass., 5 décembre 1814; Anger, 20 août 1818; Toulouse, 28 décembre 1832, Pal.; Paris, 18 juin 1836, Pal.; Cass., 30 mai 1838, Pal., 1838, 2, 277; 19 octobre 1834, Pal.; Lyon, 20 juillet 1838, Pal. 1838, 2, 633; Bastia, 25 mai 1839; Pal., 1844, 1, 279 ; Toulouse, 8 février 1844, Pal. 1844, 1, 278; 28 décembre 1832, Pal.; 8 février 1844, Pal., 1844, 1, 278; Bordeaux, 27 juin 1845, Pal., 1847, 1, 746.

(3) Pardessus, nºs 155 et 211; Dur., nº 325; Pothier, Cont. de société, nº 248; coutume d'Orléans, art. 231, nº 2; — Cass., 9 août et 1er décembre 1813, 5 décembre 1814, D., 1815, 1, 45; Dev. Pal ; Paris, 18 juin 1836, Dev. 1836, 2, 403; D. P., 1836, 2, 137; Toulouse, 28 décembre 1832, Dev., 1833, 2, 632; D. P., 1833, 2, 171, Pal.; 8 février 1844, Pal., 1844, 1, 178; Dijon, 26 mai 1842, Pal. 1842, 2, 29.

dispositions des articles 676 et 677, c'est-à-dire, sans châssis à verre dormant, sans fer maillé, ou sans observer la hauteur déterminée : le voisin, acquéreur de la mitoyenneté, peut-il faire boucher ces jours? Point de question lorsque les ouvertures subsistent en vertu d'un titre ou de la destination du père de famille (692) : évidemment le vendeur peut en exiger le maintien (1). Mais *quid* s'il invoque seulement la prescription? L'article 661, peut-on dire, constitue en termes absolus, pour le propriétaire voisin, le droit d'acquérir la mitoyenneté, et par suite, celui de boucher les fenêtres, quelle que soit leur ancienneté; il n'y a aucune prescription possible contre l'exercice de ce droit. Si l'ancien propriétaire pouvait conserver des fenêtres, malgré la volonté manifestée par l'autre de bâtir contre le mur, le droit de mitoyenneté deviendrait illusoire : il impliquerait contradiction que l'un fût copropriétaire du mur, et que l'autre copropriétaire en conservât la jouissance exclusive au moyen des fenêtres qu'il y aurait pratiquées, en présence surtout des termes précis et formels de l'article 662. Le maintien de ces fenêtres emporterait pour le voisin déchéance implicite de la faculté légale d'acquérir la mitoyenneté, puisque le mur ne pourrait présenter à l'acquéreur d'utilité réelle (2). — Ainsi, dans ce système, la faculté accordée à tout voisin joignant un mur d'en acquérir la mitoyenneté emporte le droit de bâtir contre ce mur, et de boucher les fenêtres ou jours qui subsistent depuis plus de trente années, en dehors des termes des articles 676 et 677. Hâtons-nous de dire que la doctrine contraire a prévalu : il s'agit ici d'une servitude continue et apparente, d'une servitude, par conséquent, susceptible d'être acquise par prescription; le voisin n'a pu ignorer cette règle; il doit dès lors s'imputer de ne pas avoir fait d'actes conservatoires. Assurément, l'article 661 donne à tout propriétaire joignant un mur la faculté de le rendre mitoyen; mais cet article doit s'entendre en ce sens, que l'aliénation ne nuira point à des droits acquis : or, après l'expiration de 30 années, celui qui a fait pratiquer des vues se trouve affranchi de la restriction établie par les articles 676-680 (3). L'interdiction de bâtir contre un mur dont on acquiert la propriété de jour ou de vue, est restreinte, comme de raison, à la portion du mur nécessaire pour le libre exercice de la servitude.

En admettant que le voisin ne puisse exiger la fermeture des jours pratiqués dans le mur dont il a acquis la mitoyenneté, a-t-il du moins le droit d'élever sur son terrain des constructions qui obstruent ces jours ou ces vues? (*Voyez* art. 678.)

Si celui à qui appartient le mur y fait appliquer des constructions du genre de celles qui sont énoncées dans l'art. 674, sans avoir fait de contre-mur, ou pris les autres précautions requises, le voisin qui acquiert la mitoyenneté peut-il en exiger la destruction? Oui; mais si elles ont été faites avant le Code, les choses restent dans le même état, à moins que les travaux n'aient été faits sous l'une des

(1) Paris, 20 mai 1836; Dev. 1836. 2, 401; D. P., 37, 2, 90.

(2) Bastia, 19 octobre 1834; D. P., 1835, 2, 70; 25 mai 1839, Dev., 1839, 2, 417; D. P., 1839, 2, 144.

(3) Dur., n° 325; Toullier, nos 193 et 527; Pardessus, n° 211; Solon, n° 143; Zach., p. 61; Merlin, Rép., v° Vue, § 364, n° 8; — Lyon, 19 avril 1826 et 26 juillet 1838, Pal. 1838, 2, 633; Bordeaux, 27 juin 1845; Pal. 1847, 3, 946; Montpellier, 15 novembre 1847, D. P., 1848, 2, 65; Grenoble, 20 juillet 1822, 1er août 1827, 3 décembre 1830; Bordeaux, 10 mai 1822, 8 mai 1828; Montpellier, 25 décembre 1825, 1er décembre 1827; Toulouse, 21 avril 1830; Bastia, 28 août 1846, D. P., 46, 2, 178; Pal. 46, 2, 555; Cass., 23 juillet 1850, D. P. 50, 1, 264; Nîmes, 7 mai 1851; D. P., 1851, 2, 77; Cass., 9 avril 1815, 30 décembre 1824, 19 janvier 1825, 1er décembre 1835, Pal., 21 juillet 1836; Dev. 1836, 1, 529; D. P. 1834, 1, 427; Dev. 1831, 2, 329; D. P., 32, 2, 3; 20 mai et 3 juin 1836, Dev. 1836, 2, 401; D. P. 1836, 2, 128, et 1837, 2, 90. Nancy, 7 février 1828, Dev. Pal.

coutumes qui contenaient une disposition semblable à celle du Code (Delv., p. 167, nº 18).

662 — L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre.

= Cet article, conçu dans les termes les plus généraux (puisqu'il défend, non-seulement de pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, mais encore d'y *appliquer* ou *appuyer* aucun ouvrage sans observer les précautions qu'il prescrit), reproduit une règle empruntée des articles 203 et 204 de la coutume de Paris. — Nous pensons, contre le sentiment de Duranton, nº 335, qu'il doit s'appliquer, non-seulement aux travaux rappelés dans l'article 674, mais encore à ceux précédemment signalés par l'article 657 ; entendus autrement, les articles 657 et 662 seraient en contradiction : on ne saurait concevoir, en effet, pourquoi la loi se montrerait moins exigeante quand il s'agit de constructions, sortes de travaux qui obligent à percer le mur, que pour les ouvrages d'une moindre importance.

Ainsi, dans tous les cas, quelle que soit la nature des ouvrages, la communauté oblige celui qui veut faire les travaux, à requérir le consentement de son copropriétaire; au besoin, à lui faire même sommation à cet effet, par *acte extrajudiciaire ;* puis, en cas de refus dûment constaté, à faire désigner par le tribunal (si les parties ne peuvent s'entendre) des experts à l'effet de déterminer les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. — En cas d'urgence, les experts pourraient être nommés par une ordonnance sur référé, conformément aux articles 806 et suiv. Pr. (Pardessus, nº 179).

Au surplus, la disposition de l'article 662 suppose que les ouvrages sont susceptibles de dégrader le mur mitoyen; ceux qui ne doivent occasionner aucune charge peuvent se faire sans le consentement du voisin et sans expertise préalable : nous donnerons pour exemple le cas où le voisin voudrait placer une statue ou établir un berceau contre le mur.

Les tribunaux doivent toujours, en pareille matière, admettre des tempéraments d'équité, s'attacher à concilier, autant que possible, les intérêts opposés des parties (1), et cimenter les rapports du bon voisinage.

De la clôture forcée.

663 — Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes (2) et

(1) Toullier, nos 202 et suiv.; Dur., nº 550; Pardessus, nº 173; Solon, Servitudes, nº 156; Malleville sur l'article 658; — Metz, 12 juin 1807, Dev. Pal.

(2) Le mot *ville* emporte l'idée d'une population nombreuse. — On entend par *faubourg*, la con-

faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis ès-dites villes et faubourgs : la hauteur de la clôture sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus ; et, à défaut d'usages et de règlements, tout mur de séparation entre voisins, qui sera construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir au moins trente-deux décimètres (dix pieds) de hauteur, compris le chaperon, dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et vingt-six décimètres (huit pieds) dans les autres.

= En général, nul ne peut être contraint à se clore ; néanmoins, en considération des dangers auxquels sont exposées les personnes, à raison de la proximité des habitations, de l'importance des choses mobilières qui pourraient être facilement soustraites et des contestations qui pourraient surgir entre voisins, on admet, par exception, que, dans les villes et faubourgs, chacun aura le droit de contraindre son voisin à contribuer pour sa part à la construction et à la réparation des murs destinés à séparer leurs héritages, sans qu'il soit possible à ce dernier de se dégager en renonçant à la mitoyenneté, ni même, selon nous, en offrant d'abandonner gratuitement le terrain nécessaire pour construire. (*Voy.* toutefois les quest.)

Comme tous autres droits facultatifs, celui que confère l'article 663 ne peut se prescrire par défaut d'exercice pendant un certain temps.

Nous n'admettons pas, cependant, que l'obligation de se clore soit d'ordre public : nul doute que deux propriétaires voisins pourraient, par des conventions particulières, déroger à la règle établie par notre article, par exemple, renoncer à construire aucune bâtisse, ou convenir que leurs terrains seront séparés par une simple haie (1).

Observons que la loi parle de *constructions* ou de *réparations :* des clôtures en haies ou en palissades ne rempliraient donc pas le but qu'elle s'est proposé (2).

L'espèce de propriété importe fort peu : s'il est seulement question, dans l'article 663, des maisons, cours et jardins, c'est qu'il ne peut guère exister de biens d'une autre nature dans l'enceinte des villes et faubourgs (3) : mais il faut évidemment appliquer la règle à tout propriétaire d'un terrain formant dépendance intime d'un héritage ; l'énumération faite dans l'article 663 n'est pas limitative (4).

tinuité des maisons qui sont hors des portes de la ville : c'est là une affaire de circonscription, par conséquent un acte administratif. Cependant, à défaut de règlements à cet égard, les tribunaux ne pourraient, sans se rendre coupables de déni de justice, refuser de se prononcer sur la question. (Pardessus, n° 147; Dur., n° 319, note; — Rennes, 20 mars 1820, Dev. Pal.)

(1) Rouen, 24 février 1844, Pal, 1844, 2, 250. *Voy.* cep. Solon, n° 210.

(2) Pardessus, n° 149; Toullier, n° 167;—Amiens, 15 août 1858, D. P., 59, 2, 111; Pal. 1859, 1, 576; Dev., 1859, 2, 157.

(3) Toullier, n° 165, donne à la disposition de l'article 663 un sens plus restreint.

(4) Cass., 27 novembre 1827 et 14 mars 1828, Dev. Pal.; Dal., 1828, 1, 32; Limoges, 26 mai 1858, Pal., 1858, 2, 650; Dev., 1859, 2, 159; D. P., 59, 2, 108.

Le terrain du mur de clôture doit être pris avec égalité sur chaque propriété. — La qualité des matériaux dont on doit se servir dépend de l'usage des lieux (1) : celui des voisins qui voudrait employer des pierres d'un prix plus élevé, ou qui adopterait des dimensions supérieures à celles qui sont usitées, supporterait seul l'excédant des frais.

La hauteur des clôtures est fixée, soit par des règlements particuliers, soit par les usages. — A défaut de règlements et d'usages, on observe la hauteur prescrite par notre article : celui qui veut se clore ne pourrait forcer son voisin à contribuer à la clôture au delà de cette hauteur, sauf toute convention contraire (2). — Mais les parties peuvent, d'un commun accord, déroger aux règles de cet article et donner au mur une hauteur moindre ou plus élevée (Locré), puisque l'obligation de se clore est uniquement imposée dans l'intérêt des propriétaires voisins (3).

La loi ne détermine pas l'épaisseur que doit avoir le mur mitoyen. à défaut d'usages constants et reconnus; mais la nature des choses doit y suppléer : l'épaisseur du mur doit être en proportion de sa hauteur.

— La loi exige dix pieds au moins de hauteur à partir du sol : *quid* si les deux terrains sont d'une hauteur inégale? Celui dont le sol est le plus bas contribue pour moitié aux frais de clôture, depuis la fondation jusqu'à huit ou dix pieds au-dessus de la hauteur de son terrain ; et celui dont le terrain est le plus élevé contribue pour l'autre moitié; il achève en outre, à lui seul, l'élévation du mur jusqu'à la hauteur voulue par la loi : le mur doit avoir dix pieds d'élévation à partir du sol le plus élevé (4).

Peut-on, dans les lieux où la clôture est forcée (c'est-à-dire, dans les villes et faubourgs), se dégager de l'obligation de contribuer à la clôture, en abandonnant la moitié du sol nécessaire pour construire le mur et en renonçant à la mitoyenneté? De graves considérations se présentent pour l'affirmative : rien ne démontre, disent quelques auteurs, que la loi ait voulu modifier, par l'art. 663, le principe général et absolu de l'article 656.—M. Berlier, ayant demandé, lors de la discussion, que le voisin fût dispensé de contribuer à la clôture en cédant la moitié du terrain, M. Tronchet répondit que cette modification, admise autrefois dans beaucoup de pays, était exprimée dans l'article 656 (5). « Il fut convenu, dit Malleville, sur l'article 663, que, dans le cas de cet article, comme dans celui de l'article 656, le voisin pourrait se dispenser de contribuer à la clôture, en renonçant à la mitoyenneté et en cédant la moitié de la place sur laquelle le mur de séparation devait être assis. » Ainsi, la règle se trouve dans ce dernier article; or, il porte que tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et aux *reconstructions*, en abandonnant le droit de mitoyenneté.—Le mot *reconstruction*, inséré dans l'article, indique assez qu'il s'agit non-seulement d'un mur mitoyen à réparer, mais encore d'un mur mitoyen à construire à neuf; car il n'y a nulle différence entre *édifier* et *réédifier*. — D'ailleurs, nul ne saurait être assujetti à édifier un mur sur lequel il ne prétend aucun droit, ou qui ne lui est d'aucune utilité : imposer, en certains cas, un pareil sacrifice à l'un des voisins, ce serait opérer sa ruine dans le seul intérêt de celui qui veut se clore.

(1) Pothier, Société, n° 223.

(2) Pardessus, n° 149; Delv., p. 166, n° 3.

(3) Delv., p. 166, n° 5; Toullier, n° 162; Pardessus, n° 150; — Caen, 13 mai 1837, Pal. 1837, 2, 295; Dev., 1837, 2, 333; D. P., 37, 2, 167.

(4) Discussion au conseil d'État sur l'art. 663. (Locré, Législ., p. 343 et suiv.)

(5) Fenet, t. 11, p. 266; Locré, Législ., t. 8, p. 343 et suiv.

—L'article 663 ne déroge pas à l'article 656 : il se borne à tracer une règle pour un cas spécial, c'est-à-dire, pour le cas où le mur, déjà mitoyen, doit être réparé, ou pour le cas de construction d'un mur où il s'agira de bâtir sur les parties limitrophes de deux héritages. Mais la faculté d'abandon est toujours réservée; il est de principe, en matière de servitudes, que l'on peut toujours s'affranchir de la charge imposée, en renonçant à ses droits sur la chose assujettie; or, ce principe, formellement établi par l'art. 699, a dicté la disposition de l'art. 656. — Au résumé, dans les villes et faubourgs, de même que dans les campagnes, le propriétaire voisin de celui qui veut construire ou réparer le mur, peut s'affranchir de l'obligation de contribuer aux frais, en abandonnant la moitié du sol et en renonçant à la mitoyenneté (1). Cette théorie est vivement combattue : Delvincourt, p. 168, n° 5; Pardessus, n° 168, et Dur., n° 319, après avoir admis la faculté d'abandon pour le cas de réparations ou de reconstructions, estiment que le voisin ne peut se soustraire, par l'abandon de la moitié du terrain nécessaire pour construire, à l'obligation de se clore : l'état des choses, en effet, n'est plus le même ; celui qui abandonne ses droits dans la mitoyenneté pour se soustraire aux charges qu'elle entraîne, a déjà satisfait au vœu de la loi ; il sacrifie à la fois sa part du sol et sa part des matériaux; mais comment admettre qu'il puisse échapper, par l'abandon du terrain, aux devoirs du voisinage? Il y a même impossibilité matérielle; car, à moins d'abandonner le terrain en totalité, le voisin en conservera toujours une partie qu'il devra clore ; toutes les parties du sol étant grevé de cette charge,—on conçoit que la faculté d'abandon soit appliquée au cas où le mur existe ; car, le droit de chacun reposant en définitive sur toute la chose, la part du renonçant accroît naturellement à l'autre part; c'est là un des effets ordinaires de la communauté : mais ici, quel peut être l'objet de l'abandon? la mitoyenneté? elle n'existe pas. Il s'agit tout simplement d'un propriétaire qui veut céder les parties limitrophes de son terrain, afin de rejeter sur son voisin (qui refuse de se rendre acquéreur) la charge de l'obligation commune (charge bien autrement grave que celle qui a pour objet des réparations), sauf à user plus tard, s'il le juge convenable, du droit que l'article 661 accorde à tout propriétaire joignant un mur de le rendre mitoyen. Ce sera, comme on le voit, un moyen facile d'échapper à l'obligation de se clore. Le voisin qui voudra se soustraire à cette obligation n'hésitera jamais à sacrifier une petite partie de terrain pour s'épargner la moitié des frais d'un mur dont il profitera, en définitive, comme celui qui l'aura construit, puisque par le fait son héritage se trouvera clos.—Il y a plus : en adoptant le système que nous combattons, on ajoute à la loi, puisque l'on rend ainsi alternative une obligation qu'elle impose purement et simplement.—Maintenant jetons un coup d'œil sur les travaux préparatoires : l'article 15 du projet portait que, dans les villes et communes dont la population excéderait 3,000 âmes, les copropriétaires des murs mitoyens ne pourraient se dispenser de contribuer aux réparations en abandonnant la mitoyenneté : après l'adoption de l'article 663, qui imposait à tout voisin, dans les villes et faubourgs, l'obligation de contribuer, sur la demande de l'autre, à la clôture commune, cet article a été supprimé comme superflu. Voici dans quelles circonstances : lors de la discussion, M. Berlier proposa d'exprimer « que le propriétaire interpellé de contribuer à la clôture, pourrait s'en dispenser en renonçant à la mitoyenneté et en cédant la moitié de la place sur

(1) Malleville sur l'article 663; Solon, n° 178; Toullier, t. 3, n°s 163 et 218; Favard, Rép., Serv., sect. 2, § 4, n° 4; Zach., t, 2, § 240, n° 7; Marcadé sur l'art. 663; — Cass., 29 décembre 1819, 5 mars 1828, Dev. Pal.; Toulouse, 7 janvier 1834, Dev., 1834, 2, 365; Douai, 28 février 1839; D. P., 39, 2, 147; 5 février 1840, D. P., 40, 2, 133; Dev., 1840, 2, 204; Angers, 12 mars 1847, Dal., 1847, 2, 65.

laquelle le mur doit être construit. » M. Tronchet répondit « que cette modification était exprimée dans l'article 18 (aujourd'hui l'article 656). » M. Berlier n'a pas répliqué ; mais M. Bigot-Préameneu, qui n'avait pas perdu de vue la disposition de l'article 656, fit observer que, « dans les villes d'une population un peu nombreuse, toujours les propriétaires ont été dans l'obligation de se clore. Cette pensée paraît avoir été partagée par Cambacérès ; car il s'est exprimé ainsi : « On doit d'abord imposer aux propriétaires des villes un peu considérables l'obligation de se clore ; on ajouterait ensuite qu'ils ne pourront être forcés d'élever de mur de séparation, etc. » L'article 663 est dès lors conçu dans cet esprit.—Evidemment M. Tronchet a confondu le cas de l'article 656 avec celui de l'article 663 ; il a raisonné par analogie dans des matières soumises à des règles spéciales, et qui n'ont aucun rapport : le premier suppose un mur existant ; le deuxième suppose que ce mur n'existe pas encore. — Ajoutons que la coutume de Paris admettait la clôture forcée non comme une obligation alternative, mais comme une obligation pure et simple : rien ne démontre que les auteurs du Code aient voulu innover. —Au résumé, dans les villes et faubourgs, on ne peut se soustraire à l'obligation de se clore par l'abandon du sol sur lequel le mur de clôture doit être assis (1). — Toutefois, nous devons reconnaître que la cour suprême a rejeté la distinction que nous venons d'exposer, sur le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Bordeaux, du 7 décembre 1827, qui l'avait admise, et décidé que, dans le cas de construction comme dans celui de reconstruction, la faculté d'abandon existait (2).

665 — Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription (3) soit acquise (4).

= Cet article consacre une conséquence du principe que nous examinerons sous les articles 703 et 704.

Les servitudes *actives* sont celles qui étaient établies en faveur de l'édifice abattu.

Les servitudes *passives* sont celles qui étaient imposées à cet édifice en faveur d'un autre.

Fossés mitoyens.

Les fossés peuvent être destinés à faciliter l'écoulement des eaux, à servir de clôture ou à borner les héritages : dans tous les cas, ceux qui se trouvent entre deux héritages sont présumés mitoyens (666).

(1) Fenet, t. 11, q. 266; Locré, Législ., t. 8, p. 343 et suiv.; Solon, Servitudes, nos 175, 222 et suiv.; Rolland, Abandon de mitoyenneté; Pardessus, no 168; Delv., t. 1er, p. 400; Dalloz, 1847, 2. 65, note; — Angers, 23 avril 1819; Paris, 29 juillet 1825; Bordeaux, 7 décembre 1827, Dev. Pal.; Rennes, 16 décembre 1829, Dev. Pal.; Amiens, 15 août 1838, Dev., 1839, 2, 157; Dev. Pal.

(2) Cass., 29 décembre 1819 et 5 mars 1828.

(3) Expression inexacte : il n'est pas nécessaire que le propriétaire ait possédé pendant un certain temps (2228 et 2245) ; il s'agit ici du non-usage (617 et 706), mode d'exécution particulier aux servitudes. — La perte par le non-usage peut être interrompue, comme la prescription, au moyen des actes dont il est question dans les art. 2244 et 2248.

(4) La disposition de cet article s'applique à toutes les servitudes en général : pourquoi donc l'avoir placé dans le chapitre qui traite des servitudes établies par la loi ?

La largeur du fossé mitoyen est présumée prise sur chacun des héritages qu'il sépare ; les propriétaires de ces héritages possèdent le fossé par indivis. (Pardessus, Serv., n° 183.)

La loi ne distingue pas, comme dans les articles 653 et 670, si les héritages sont ou non en état de clôture : cette différence vient de ce que le fossé procure toujours une certaine utilité à l'un et à l'autre riverain (1).

On ne peut, par analogie, appliquer ici la disposition de l'art. 661, et forcer le propriétaire du fossé à en céder la mitoyenneté : en effet, d'une part, le fossé ne joint pas immédiatement l'autre fonds, car il est d'usage de laisser le talus nécessaire pour éviter l'éboulement des terres voisines : cet espace est ordinairement d'un pied. D'autre part, la loi ne consacre pas ce droit, comme elle le fait à l'égard du mur mitoyen. (Solon, n° 194; Dur., n° 365.)

666 — Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens, s'il n'y a titre ou marque du contraire (2).

= La présomption légale de mitoyenneté du fossé ne peut être détruite que par un titre ou par une marque du contraire (667 et 668).

Le titre serait, par exemple, une vente, une cession, un partage, etc., qui attribuerait exclusivement le fossé à l'un des voisins.

667 — Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée (3) ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé.

= S'il n'y avait pas de jet, et que le terrain fût uni des deux côtés, ou si le jet se trouvait de l'un et de l'autre côté, il y aurait présomption de mitoyenneté.

Le simple fait de curage, même répété à plusieurs reprises, ne suffirait pas pour faire présumer la non-mitoyenneté (4) : cette présomption légale ne peut résulter que du rejet de la terre d'un seul côté ; le système contraire serait une source d'abus ou de fraudes, car le curage pourrait être fait clandestinement.

668 — Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve.

= On ne présume pas que l'un des propriétaires voisins aurait consenti à recevoir seul le rejet de la terre, si ce fossé eût été mitoyen : *Qui a douve a fossé* (Loisel, Instit. cout., l. 2, t. 3, art. 7 ; Pardessus, n°s 183 et 184; *V. infrà*, quest.).

Mais gardons-nous de croire que le dépôt actuel sur l'un des bords

(1) Pardessus, Serv., n° 183; Dur., n° 653.

(2) Ajoutez : ou une possession suffisante.

(3) La *levée* est une élévation de terre ou de maçonnerie en forme de digue, de berge pour retenir les eaux que le fossé contient.

Le *rejet de la terre*, c'est-à-dire, les terres qu'on rejette hors du fossé, soit en le creusant, soit en le curant, sert à former la levée.

(4) Dur., n° 358; — Angers, 6 mars 1835, Dev., 1835, 2, 245; D. P., 1835, 2, 96.

soit suffisant pour détruire la présomption de mitoyenneté : il faut pour cela que le droit exclusif ne soit pas contesté; de telle sorte que, dans l'année du curage, le rejet d'un seul côté n'a d'autre effet que d'obliger le voisin à intenter l'action en trouble de jouissance, afin de prévenir les effets de la possession annale. (Pr., 3 et 38. *V. infrà*, quest.)

Observons que la marque de non-mitoyenneté résultant du rejet de la terre n'est pas seulement indiquée comme exemple, mais comme étant la seule qu'on puisse admettre. Les articles 666, 667 et 668 sont calqués, pour la rédaction, sur les art. 653 et 654 relatifs au mur mitoyen : ainsi, la marque de non-mitoyenneté ne résulterait pas, comme pour les haies (670), de ce que l'un des deux fonds serait seul entouré de fossés (1).

Néanmoins on doit, selon nous, considérer comme une marque de non-mitoyenneté les bornes placées au delà du fossé : ces bornes feraient présumer la propriété contre celui du côté duquel elles se trouveraient. —La présomption résultant de la plantation de ces bornes l'emporterait même de beaucoup sur celle qui résulterait du rejet de la terre.

—La possession annale du fossé est-elle destructive de la présomption de mitoyenneté résultant de l'article 666? « Quelle serait, dit Duranton, n° 356, l'utilité de la possession annale, si cette possession n'avait pour effet de faire réputer celui qui l'a en sa faveur, propriétaire du fossé jusqu'à preuve du contraire? et comment dès lors supposer que le législateur ait donné une action sans objet, et sans utilité pour celui qui l'exercerait? (2)» Nous répondrons que l'avantage pour le possesseur consiste en ce qu'il rejette sur le demandeur le fardeau de la preuve. La présomption de mitoyenneté n'est pas détruite pour cela; cette présomption est elle-même un titre qui ne peut fléchir que devant un titre formel ou devant la prescription (3). (Appliquez ce que nous avons dit à cet égard relativement aux murs, p. 845.)

Quand une haie est reconnue appartenir exclusivement à l'un des voisins, le fossé qui la joint en dehors est-il censé, comme cela se présumait anciennement dans plusieurs localités, appartenir à ce voisin, d'après la maxime : *le fossé appartient à la haie?* Le Code ne consacre pas cette présomption (Dur., n° 354).

L'un des voisins pourrait-il forcer l'autre à contribuer à la confection d'un fossé sur les limites de leurs propriétés? La clôture n'est forcée que dans les villes et faubourgs (Solon, n° 195).

669 — Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs.

= Les propriétaires voisins peuvent prendre tous les joncs et autres herbes qui croissent de leur côté, à partir de la ligne que l'on suppose tracée au milieu du fossé.

Ils ont le droit de se contraindre mutuellement à contribuer pour moitié aux frais d'entretien du fossé; car c'est là une des charges de la mitoyenneté : mais celui contre qui la demande est formée peut s'affranchir de cette obligation en abandonnant sa part dans la mitoyen-

(1) Pardessus, n° 183; — Angers, *ibid.*; Dur., n° 653. *Voy.* cep. Delv., p. 167, n° 19.

(2) *Voy.* aussi Delv., p. 167, n° 20, et Pardessus, n° 183.

(3) Solon, n° 189, — Bourges, 26 mai 1825; Douai, 15 février 1836; Poitiers, 25 juin 1836, Dev., 1837, 2, 116; D. P., 37, 2, 103.

neté, sauf à révoquer ensuite cet abandon, si le voisin n'entretient pas le fossé en bon état (arg. de l'art. 656) (1).

Toutefois si, d'après l'usage des lieux, le fossé servait au bornage (646); s'il était du nombre de ceux que l'on pratique pour l'écoulement des eaux et qui sont commandés par l'intérêt public; ou s'il existait des règlements locaux pour contraindre à la clôture; en un mot, si le fossé était d'une nécessité absolue, l'abandon ne pourrait être pur et simple et sans réserve, condition exigée par la loi (arg. de l'art. 661) : dès lors il serait sans effet (2).

Le voisin qui veut faire l'abandon du fossé mitoyen doit notifier cet abandon à l'autre, lequel peut exiger qu'il en soit dressé acte aux frais du cédant.

— Celui qui fait l'abandon du fossé pourrait-il ensuite forcer son voisin à lui revendre la mitoyenneté? L'article 661 permet d'acquérir en tout temps la mitoyenneté d'un mur; cette faculté n'est pas établie pour les fossés. (Pardessus, n° 185.)

Des haies.

670 — Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture, ou s'il n'y a titre ou possession suffisante du contraire.

= Les haies (vives ou sèches) étant des clôtures, de même que les murs et les fossés, on doit leur appliquer la présomption de mitoyenneté (3).

Mais cette présomption cesse :

1° Lorsqu'il existe un titre qui attribue la haie à l'un des voisins : en ce cas, on n'a point à considérer l'état de clôture de l'un ou de l'autre fonds;

2° Lorsqu'il n'y a qu'un seul héritage en état de clôture : on considère alors comme propriétaire (4) celui dont le fonds est clos en totalité.

Si les deux héritages étaient clos, la haie serait mitoyenne.

Quid si l'un des deux héritages était clos de trois côtés par des haies sèches? La haie vive qui servirait de séparation serait présumée appartenir au propriétaire dont l'héritage se trouverait clos de toutes parts par une haie de cette nature, sauf la preuve contraire (5).

Quid si l'un des fonds était clos de trois côtés par des fossés et de

(1) Pardessus, nos 184 et 185; Solon, n° 192; Zach., § 239; Dur., n° 360; Favard, v° Serv., sect. 2, § 4, n° 11.

(2) Dur., n° 360; Favard, Rép., v° Serv., sect. 2, § 4, n° 11.

(3) La haie est une clôture d'épines, de ronces ou autres arbrisseaux, quelquefois même de branches sèches.

On appelle *haie sèche* ou *haie morte*, celle qui est faite avec du bois coupé, et *haie vive* ou *à pied* celle faite avec des arbrisseaux qui ont pris racine.

(4) Loi du 28 septembre-6 octobre 1791; C. pén., art. 391; Pardessus, n° 188; Dur., n° 368.

(5) Dur., n° 368; Solon, n° 187. *Voy.* cep. Pardessus, n° 188, et Delv., t. 1er, p. 399, note; Marcadé.

l'autre par une haie? La haie serait censée mitoyenne.—Par ces mots : *en état de clôture*, la loi n'entend évidemment parler que des clôtures de *haies :* nous déciderions de même, si l'un des héritages était clos de trois côtés par des haies sèches et de l'autre par une haie vive ; la haie vive serait présumée mitoyenne. On doit supposer, en effet, que la haie objet de la contestation appartient au propriétaire dont le fonds est clos de trois côtés par des haies de même essence et de même âge, et que le voisin n'a pas contribué à l'établir.

Les articles 666 et 668 contiennent, ainsi que nous l'avons vu, des règles spéciales pour les fossés : la loi présume en ce cas la mitoyenneté, sans distinguer si les deux héritages sont ou non en état de clôture, sans avoir égard aux moyens employés : elle a considéré que les fossés sont destinés non-seulement à servir de clôture, mais qu'ils ont en outre pour but d'assainir les lieux en facilitant l'écoulement des eaux, et de servir à l'irrigation.

3° Enfin, la présomption de mitoyenneté cesse lorsqu'il y a possession suffisante de la part de celui qui se prétend propriétaire de la haie : la possession peut se manifester de diverses manières ; par exemple, par l'élagage, par l'arrangement de la haie, etc.

L'état de clôture est, pour les haies, le seul indice de non-mitoyenneté que la loi indique.

Nous pensons néanmoins que l'on pourrait considérer comme tel :

1° Les bornes qui se trouveraient en deçà de la haie, soit qu'il n'y eût qu'un seul héritage en état de clôture, soit que l'un et l'autre fussent clos ;

2° L'existence d'un fossé mitoyen de l'autre côté de la haie (1) : celui qui aurait cette haie de son côté en serait nécessairement réputé seul propriétaire. — Mais il peut arriver que la mitoyenneté du fossé soit contestée ; alors on distingue : si l'un des deux fonds est seul entouré d'une haie, la haie est présumée appartenir au propriétaire de ce fonds. — Mais si aucun des deux fonds n'est clos, ou s'ils le sont l'un et l'autre, c'est la haie, plutôt que le fossé, qui doit être considérée comme séparant les deux héritages ; en conséquence, on la considère comme mitoyenne (Dur., n° 375).

La mitoyenneté de la haie ne donne pas le droit d'exiger que cette haie soit détruite ; car l'établissement d'une haie exige beaucoup de temps et des soins multipliés (Dur., n° 378).

Son entretien a lieu à frais communs ; celui qui ne veut pas contribuer aux frais peut abandonner son droit à la mitoyenneté (art. 656).

L'abandon doit être notifié au voisin : celui-ci peut exiger qu'il en soit dressé un acte public aux frais du renonçant (2). — Cet abandon entraîne celui du terrain sur lequel la haie est plantée, et d'un demi-mètre de terrain tout le long de la haie, du côté du renonçant. (Arg. de l'art. 671.) (Solon, n° 205; Perrin, n° 1688.)

(1) Pothier, n° 225, App. au contrat de société. *Voy.* cep. Solon, n° 207.
(2) Pardessus, n° 187; Fevard, v° Serv., sect. 2. § 4, n° 12.

—La présomption de mitoyenneté des haies doit-elle céder à la possession annale? ✓La plupart des auteurs se prononcent pour l'affirmative. Les haies, disent-ils, diffèrent essentiellement sous ce rapport des fossés (art. 654-668) : cette différence vient de ce que la possession des murs et celle des fossés ne peut être reconnue avec une entière certitude, puisque la mitoyenneté donne à chaque voisin le droit de faire des actes de propriétaire ; — au contraire, on peut établir, d'une manière certaine, que l'on possède une haie, vive *nomine domini*, puisque cette haie donne des fruits et des produits dont le propriétaire seul peut profiter.—Cette opinion semble corroborée par la rédaction des art. 653 et 670 comparés : le premier de ces articles ne fait céder la présomption de mitoyenneté qu'aux *titres* ou *marques* du contraire, tandis que le deuxième fait en outre céder cette présomption à la *possession* suffisante : ainsi, après avoir succombé au possessoire, le voisin ne pourrait former l'action au pétitoire qu'en prouvant la mitoyenneté autrement que par la présomption de mitoyenneté ; car cette présomption a cédé à la possession contraire.—Vainement dit-on que, pendant l'année, les deux voisins, ayant possédé, sont nécessairement restés dans le même état ; on répond qu'en réalité ni l'un ni l'autre n'a possédé pendant l'année : en effet, les actes de possession d'une haie sont peu fréquents; le plus souvent ils sont équivoques.—Toutes les fois que le Code veut parler du temps qui aurait procuré la prescription, il le déclare formellement (*voy.* art. 642, 643, 690).—L'art. 3, 2o, Pr., accorde formellement le droit de possession : or quel besoin y aurait-il d'intenter l'action possessoire dans l'année, si la possession du voisin pouvait tomber à toute époque devant la présomption de mitoyenneté (670)? (Toullier, no 228, 229 et 299; Delv., p. 167, no 20; Pardessus, no 183 et 188; Merlin, Rép., vo Haie, no 3; Garnier, Act. possess., 224, 225 et 240; Dur., 370, 371, 390; — cass., 8 vend. an XIV.) ✓La jurisprudence a consacré le système contraire, avec juste raison selon nous : en ne définissant pas ce qu'il entend par possession *suffisante*, l'article 670 se réfère aux principes généraux en matière de possession ; or, d'après ces principes, la possession annale suffit pour que le possesseur ait le droit de se faire maintenir, s'il est attaqué au possessoire et même, pendant la durée de l'action, au pétitoire (art. 23 et 28 Pr.) : mais s'ensuit-il que la présomption de mitoyenneté soit détruite? Non, assurément ; il faut pour cela que la possession ait duré pendant trente années : la maintenue en possession dispense le possesseur de prouver qu'il a le droit de propriété, mais elle n'empêche pas celui qui perd son procès au possessoire, de se pourvoir au pétitoire: or, si le pétitoire se prouve le plus souvent par des titres, il se prouve aussi par des présomptions légales ; ces présomptions forment un titre.—En joignant les mots *possession suffisante* au mot *titre*, et en ne les séparant que par la conjonctive alternative *ou*, l'art. 670 exprime clairement que la loi entend parler d'une possession équivalente à un titre, c'est-à-dire, d'une possession trentenaire.— S'il est vrai que la possession annale puisse remplacer le titre quand il s'agit d'une haie, il n'existe point de raison pour repousser la règle quand il s'agit d'un mur ou d'un fossé ; cependant, la plupart des auteurs dont nous combattons le système décident le contraire : l'erreur vient de ce qu'ils ont confondu la possession annale, qui ne touche qu'au possessoire, avec la présomption de mitoyenneté, qui touche au pétitoire. L'article 3 Pr. suppose que la possession est acquise par une personne en faveur de laquelle ne militait pas la présomption de mitoyenneté. (*Voyez*, au surplus, nos observations sur l'article 656.) (1).

(1) Solon, no 200; Zach., t. 2, p. 50, note 26; — Bourges, 26 mai 1825; Angers, 7 juillet 1830, Dev. Pal.; D. P., 1832, 2, 97; Toulouse, 19 mars 1831, Dev., 1832, 2, 8; D. P., 1831, 2, 57; Bourges, 31 mars 1832, Dev., 1832, 2, 496; D. P., 1832, 2, 160; 31 mars 1837, Dev., 37. 2, 265; D. P., 581, 112; Pal., 1837, 1, 465; Cass., 14 novembre 1833, Pal.; 15 décembre 1836, Pal.,

Autres espèces de mitoyenneté.

Le Code civil n'a rendu l'indivision forcée que pour les murs, haies, et fossés; néanmoins, les motifs qui l'ont fait établir s'appliquent à beaucoup d'autres objets.

En principe, nul n'est tenu de rester dans l'indivision (815); mais cette règle souffre exception lorsqu'il importe que l'indivision subsiste pour l'exploitation d'un héritage. Les copropriétaires se trouvent alors en état de communauté forcée, position qui peut résulter non-seulement d'un partage, mais encore d'un acte translatif de propriété (1).

Cette exception s'étend en général à tous les cas où la nécessité de l'usage commun d'un objet se fait sentir; par exemple, aux allées, aux fosses d'aisances servant à plusieurs maisons : on ne peut, en effet, au moyen d'un partage, attribuer à l'un le puits, à l'autre l'allée, etc.; car les maisons qui seraient privées de ces sortes de dépendances perdraient beaucoup de leur valeur; il ne resterait même à celui qui serait privé de son droit sur l'allée d'autre ressource que celle de se défaire d'une propriété devenue désormais inutile.

La loi s'occupe spécialement des bâtiments.

664 — Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit :

Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient.

Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche.

Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite (2).

= La loi nous donne des règles sur ce qui concerne les murs, les toits, les voûtes, etc., d'une maison, dans le cas assez rare où les différents étages appartiendraient à plusieurs : la maison ne peut être licitée, car il n'y a pas d'indivision; en effet, les droits de chacun ne reposent pas sur toute la chose et sur chaque partie de cette chose; ils sont distincts; par suite, les divers propriétaires se trouvent nécessai-

1837, 1, 204; Dev., 1837, 1, 215; 7 janvier 1838, Pal., 1838, 1, 244; Dev., 1838, 1, 125; D. P., 1838, 1, 112; Bourges, 17 décembre 1841, Pal., 1842, 2, 115.

(1) Pardessus, nos 191 et suiv.; Bordeaux, 21 décembre 1837, Pal., 1840, 2, 28.

(2) Quoiqu'il en soit, on peut dire que les droits dont il s'agit participent de la nature des servitudes, en ce qu'ils ne peuvent être établis que pour l'utilité d'*un héritage* et non en faveur des personnes.

rement forcés de posséder en commun les gros murs, les toits, voûtes, etc.

A défaut de titre qui règle le mode des réparations et reconstructions d'une maison appartenant à divers propriétaires, on observe les règles suivantes :

Les gros murs, les toits, les voûtes des caves (1) et autres parties du bâtiment essentielles soit à sa solidité, soit à sa conservation, ou qui servent à la commodité de tous les locataires, tels que les puits, les allées, etc., sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion *de la valeur* (et non de l'étendue) de l'étage qui lui appartient : le rez-de-chaussée compte pour un étage.

Il faudra donc faire une ventilation, c'est-à-dire, estimer d'abord la valeur de la maison entière; puis, en raison de cette valeur, celle de chaque étage pris séparément. Exemple : la maison entière, composée de deux étages, est estimée 40,000 fr.: le rez-de-chaussée vaut 10,000 fr.; le premier étage 20,000 fr., et le deuxième 10,000 fr. : la valeur du rez-de-chaussée étant égale au quart du prix total de la maison, le propriétaire supportera le quart des frais; le propriétaire du premier étage, la moitié; et celui du deuxième, le quart.

Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche; mais les décorations du plafond sont à la charge de ceux qui occupent l'appartement plafonné. (Dur., n° 344.)

Chacun des propriétaires fait l'escalier qui conduit à son étage : cette disposition paraît onéreuse pour le propriétaire du premier étage, car la partie de l'escalier qu'il entretient est plus fréquentée que celle des autres propriétaires; mais on a préféré cet inconvénient aux calculs arbitraires que présenterait une contribution relative.

Comme les impôts qui frappent sur la maison sont une charge de la communauté, chacun des propriétaires y contribue comme pour les gros murs; mais les impôts de portes et fenêtres sont supportés par chaque propriétaire. (Dur., n° 334.)

Du reste, le droit qui compète à chacun des propriétaires des divers étages d'une maison est un droit absolu et complet; l'article 664 (2) n'y porte aucune atteinte : dès lors, ils peuvent faire des innovations dans les appartements qui leur appartiennent, sans que les autres aient le droit de s'y opposer (3), à moins qu'il ne doive en résulter pour eux quelque préjudice ou incommodité.

— L'un des copropriétaires pourrait-il forcer les autres à la licitation, en refusant de faire les constructions? — Non; il pourrait être contraint à contribuer aux frais, ou à faire l'abandon de l'usage, ce qui entraînerait la perte du droit qui lui appartient (arg. de l'art. 656).

(1) Pardessus, n° 285; Delv., p. 164, n° 4. *Voy.* cep. Dur., n° 342 : Les voûtes des caves, dit cet auteur, ne sont pas indispensables au soutien de l'édifice; ces voûtes sont le plancher sur lequel marche le propriétaire du rez-de-chaussée : par conséquent, les réparations doivent rester à sa charge. Il nous semble cependant qu'elles sont essentielles au soutien de l'édifice.

(2) Nîmes, 3 décembre 1839, Pal., 1840, 1, 460.

(3) Grenoble, 15 juin 1832, Pal.

Si la maison vient à être détruite, le terrain sera-t-il commun de manière à devoir être partagé entre les divers propriétaires, proportionnellement à la valeur estimative de chaque étage? Les tribunaux fixeront un terme pour la reconstruction de l'édifice. (Dur., nº 347.)

Distances à observer pour la plantation des arbres ou des haies.

Les arbres (ajoutons, ou les haies) peuvent nuire jusqu'à un certain point à l'utilité ou à l'agrément du fonds voisin, soit par l'ombre que les branches projettent, soit par les racines qu'elles étendent sur le sol qui les environne ; la loi devait donc prescrire des mesures pour garantir les droits respectifs des deux voisins : tel est l'objet des articles 671 et 672.

671 — Il n'est permis de planter des arbres de haute tige qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par les usages constants et reconnus ; et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les arbres à haute tige, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres arbres et haies vives.

= Le voisinage oblige les voisins à user de leur chose de manière à ne pas se nuire réciproquement.

La loi laisse aux règlements particuliers ou aux usages reconnus le soin de déterminer la distance à laquelle les arbres de haute tige (1) doivent être plantés, parce que cette distance doit nécessairement varier en raison des diverses espèces d'arbres, du climat et de la nature du sol.

Cependant, comme il pourrait se faire qu'il n'existât à cet égard aucun règlement particulier ni aucun usage, le législateur prend soin de déterminer la distance qui doit séparer les arbres de l'héritage voisin :

S'il s'agit d'arbres de *haute tige*, cette distance est de deux mètres; — pour les autres arbres ou pour les haies vives, elle est d'un demi-mètre.

La distance se calcule du centre de la tige à la ligne séparative de l'héritage voisin.

Lorsque les deux fonds sont séparés par un fossé, un ruisseau, une haie ou un mur mitoyens, cette ligne est censée se trouver au centre du fossé, du ruisseau, de la haie ou du mur (2).

Nous avons vu, article 666, qu'on ne peut appliquer aux fossés la disposition de l'article 661, qui confère à tout propriétaire joignant un

(1) On appelle arbres de *haute tige*, ceux qui s'élèvent à une hauteur considérable, tels que les peupliers, les frênes, les châtaigniers, les chênes, les ormes, etc.

(2) Dur., nº 387; Pardessus, nº 194; Garnier, p. 228; Solon, nº 242.

Celui qui établit un fossé sur la limite de son héritage doit, d'après un usage suivi généralement en France, notamment dans l'ancienne Bourgogne, laisser un pied entre la ligne séparative des deux héritages et le bord du fossé.

mur la faculté de rendre ce mur mitoyen en tout ou en partie. Les mêmes raisons doivent faire interdire cette faculté lorsqu'il s'agit d'une haie : en effet, d'une part, l'espace qu'il faut laisser entre la haie et l'héritage voisin serait un obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté; d'autre part, la loi ne consacre pas ce droit comme elle le fait pour le mur qui joint l'héritage voisin.

Lorsque la distance prescrite par les règlements et usages locaux, ou, à leur défaut, par le Code, n'a pas été observée, le voisin peut exiger que les arbres ou les haies soient arrachés. — Toutefois, il serait privé de ce droit, si trente années s'étaient écoulées depuis la plantation : on considérerait alors l'obligation de souffrir ces arbres comme une servitude acquise par prescription (690) (1).

La prescription court du jour de la plantation.—Nous supposons que la possession réunit les conditions voulues pour opérer la prescription (2262). Si les arbres avaient été plantés clandestinement, le délai ne courrait que du jour où le voisin aurait connu le fait (2).

La servitude dont il s'agit peut également s'établir par la destination du père de famille (*voy.* 694).

672 — Le voisin peut exiger que les arbres et haies plantés (3) à une moindre distance soient arrachés.

Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin, peut contraindre celui-ci à couper ces branches.

Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a droit de les y couper lui-même (4).

= Si la distance déterminée par l'article précédent n'a pas été observée, le voisin peut demander que les arbres soient arrachés.

Bien que les arbres aient été plantés à la distance voulue, le propriétaire voisin a toujours le droit de réclamer l'élagage des branches qui avancent sur son terrain : à cet effet, il peut faire sommation au propriétaire de l'arbre, et, faute par ce propriétaire d'y obtempérer, l'assigner, pour voir dire et ordonner que cette obligation sera accomplie par un autre et à ses frais (1144).

(1) Pardessus, n° 126, Toullier, n° 415; Solon, n° 264; Dur., n° 590; Vaz., n° 118, Prescription; Proudhon et Curasson, n° 571 et 575; Troplong, Prescrip., n° 516; Favard, Serv., sect. 5, § 3;— Amiens, 27 décembre 1829, 21 décembre 1821, 9 juin 1824; Cass., 9 juin 1825; Toulouse, 8 mars 1826, 9 décembre 1829; Bourges, 16 novembre 1850, Dev., Pal.; 29 mars 1875, Pal.; 8 décembre 1841, Pal., 1842, 2, 144; Rouen, 19 juin 1858, Pal., 1842, 2, 145; Cass., 25 mai 1842, Pal., 1842, 2, 341.

(2) Bourges, 16 novembre 1850, Dev. Pal.

(3) Appliquez également cette disposition aux arbres qui croissent spontanément, ou par l'effet d'un fait naturel. *Voy.* cep. Proudhon et Curasson, Des droits d'usage, t. 2, n° 571.

(4) Ces dispositions s'appliquent aux arbres des forêts de l'État comme à tous autres. (Ordonnance du 1er août 1827; Pardessus, n° 126, Dur., n° 595; Proudhon et Curasson, t. 2, n° 568, 569 et 570; — Paris, 16 février 1824; Cass., 16 février 1841, Dev. Pal.; Riom, 19 juin 1838, Dev., 1838, 2, 526; D. P., 1839, 2, 9.

Mais il ne pourrait lui-même, de sa propre autorité, faire couper ces branches, à moins qu'il n'y eût été autorisé par un jugement (1144), car il y a des époques fixes pour l'ébranchement. D'ailleurs, on aurait à craindre que, par malice, il ne se conformât pas au mode voulu pour la coupe des arbres (1). Vainement invoquerait-on contre lui les anciens règlements et usages locaux; ils n'ont pas été maintenus par le Code (2).

Au contraire, il a le droit de couper les racines qui avancent sur son héritage; car cela ne peut nuire à la santé de l'arbre.

Le propriétaire sur lequel les branches s'étendent, ne peut exiger d'indemnité pour l'époque antérieure à la sommation qu'il a dû faire avant d'introduire judiciairement sa demande; car il était libre à lui de réclamer.

Ainsi que nous l'établirons, la prescription ne peut être invoquée pour prétendre au droit d'avoir des branches qui avancent sur l'héritage voisin. (*Voy.* quest.)

Quand les arbres ne se trouvent point placés à la distance prescrite, s'il est prouvé que les deux fonds ont appartenu au même propriétaire, il y a là une sorte de *destination du père de famille*, ce qui donne lieu, par analogie, à l'application de l'article 694. (Dur., nº 389.)

—On peut acquérir par trente ans, à partir de la plantation, le droit de conserver des arbres plantés à une distance moindre que celle prescrite par le Code (3). —*Quid* si les arbres plantés depuis plus de trente ans, à une distance prohibée, périssent ou sont abattus? le propriétaire peut-il les remplacer par d'autres arbres de même essence et en même nombre? ∽ Suivant quelques auteurs, on doit voir dans l'existence des arbres depuis plus de trente ans un affranchissement, au profit de l'un des fonds, d'une servitude légale dont il était tenu en faveur du fonds voisin; servitude consistant à n'avoir pas d'arbres de haute tige à une distance moindre que celle prescrite par la loi ou les usages locaux : le silence du voisin qui pendant l'espace de trente années a souffert ces arbres sans se plaindre équivaut, disent-ils, à un consentement tacite.—Assurément, la possession n'aura pas été continue et uniforme, puisque pendant les premières années l'arbre, par sa petitesse, aura pu échapper à tous les yeux; mais toujours est-il que le voisin doit s'imputer de ne pas avoir rompu le silence avant l'expiration de trente années, à partir du jour où il a dû connaître l'existence des arbres : le droit de servitude est acquis; il ne se perd point par le simple changement survenu dans l'état des lieux; il faut pour cela que le terrain soit resté libre (704). Le remplacement des arbres aurait donc ici le même effet que la reconstruction d'un mur (665) (4). ∽ Pour faire tomber ce raisonnement, il suffit de rappeler qu'on ne peut voir une servitude dans la prohibition légale de planter des arbres à une

(1) Zach., § 242, nº 2; — Cass., 15 février 1811, Dev. Pal.

(2) Pardessus, nº 196; Dur., nº 395; — Cass., 31 décembre 1810, Dev. Pal.

(3) Pardessus, nº 195; Favard, Serv., sect. 3, § 5; Dur., nº 390; Solon, nº 244; Vaz., Prescrip., nº 118; Toullier, nºs 514 et 515; Proudhon, Droit d'usage, nº 571; Troplong, Prescrip., nºs 346 et 347; — Cass., 9 juin 1825; Toulouse, 9 décembre 1826; Bourges, 16 novembre 1830; Cass., 29 mai 1832, Dev., 32, 1, 323; D. P., 32, 1, 210; 25 mai 1842, Dev., 42, 1, 733; D. P., 42, 1, 271, Pal.; 42, 2, 341.

(4) Pardessus, nº 195; Toullier, t. 5, nº 515; Favard, Rép., vº Serv., sect. 2, § 5, nº 2; Fournel et Tardif, Du voisinage, t. 1er, p. 127; Zach., p. 53; Vaz., Prescrip., nº 429.

distance moindre que celle qui est prescrite, mais simplement un mode d'exercice du droit de propriété : sans doute, le voisin peut s'affranchir de cette prohibition par la prescription trentenaire, puisque l'existence des arbres hors de la distance voulue constitue une servitude continue et apparente; mais il ne s'ensuit pas qu'il ait acquis le droit d'avoir perpétuellement des arbres à la même place; dès le moment où ceux dont il a joui sont arrachés, la servitude s'évanouit; le fonds servant recouvre sa pleine liberté. « Autre chose, observe Duranton, est de souffrir l'existence d'un arbre qu'on pourrait faire arracher, autre chose est de consentir à une servitude perpétuelle : un arbre aujourd'hui ne cause que peu d'incommodité; il procure même de l'agrément; tandis que la succession indéfinie d'arbres placés dans le même lieu peut devenir très-nuisible au voisin. » — Il s'agit de la prescription à l'effet d'acquérir, puisqu'il s'agit de s'affranchir d'une servitude légale; or, la prescription est basée sur le consentement tacite de celui contre qui elle s'opère : ce consentement ne peut donc s'entendre que de ce qui en a été l'objet, c'est-à-dire, dans l'espèce, de l'arbre même dont on a souffert l'existence, mais non du droit perpétuel de le remplacer : *Tantum possessum quantum præscriptum.* — L'argument tiré de ce qu'aux termes de l'art. 665, lorsqu'on a reconstruit un mur ou une maison, les servitudes actives ou passives continuent à l'égard du nouveau mur et de la nouvelle maison, ne signifie rien; cette assimilation est repoussée par les termes de la loi, par la nature des choses et par l'équité : — *par le texte*; car, si le législateur eût voulu soumettre aux mêmes règles ces deux espèces de servitudes, il s'en serait expliqué : nous voyons qu'il se borne à conférer au voisin le droit d'exiger la destruction de l'arbre qui n'a pas été planté à la distance prescrite par l'article 671;—*par la nature des choses*: en effet, lorsqu'il s'agit d'un mur mitoyen ou d'une maison dans laquelle un jour est pratiqué, on conçoit que la servitude doive *continuer* en cas de reconstruction de la maison et du mur, car le nouveau mur représente le premier; l'exercice de la servitude a été seulement suspendu pendant la démolition; aussi la loi ne dit-elle pas que la servitude renaît, mais qu'elle *continue*; il y a là une sorte d'identité : mais il n'en peut être ainsi à l'égard des arbres; une servitude de ce genre ne saurait continuer dans les mêmes conditions : l'arbre mis en remplacement d'un autre n'est pas la continuation de ce dernier, mais un arbre nouveau.—*Par l'équité*; car dans le doute, lorsqu'il s'agit de servitudes, on doit se prononcer pour la liberté de l'héritage.—Remarquons, d'ailleurs, qu'il n'y a point d'analogie d'un cas à un autre : la démolition d'une maison est un accident exceptionnel qui n'entre pas dans la prévision des deux parties; tandis que la chute d'un arbre est un événement tout naturel, auquel on a dû s'attendre, pour que la servitude existât, il faudrait que le propriétaire voisin eût concédé non-seulement le droit de conserver cet arbre, mais encore celui d'en replanter d'autres : or, un semblable droit ne peut évidemment résulter du silence qu'il a gardé; en renonçant à faire arracher les arbres existants, il n'a pas autorisé une deuxième plantation.—Au résumé, le droit abstrait de planter sans observer la distance fixée par la loi ne peut résulter que d'un titre; ce droit ne saurait prendre sa source dans la possession (1). — Les dispositions du Code civil sur l'obligation d'observer certaines distances dans les plantations d'arbres, s'appliquent aux forêts.

(1) Dur., n° 391; Garnier, Acte posses., p. 233; Ducauroy, art. 672; Solon, Serv., n° 245; Benest, Justice de paix, p. 282; Curasson, Comp. des juges de paix, t. 2, p. 485 et 556; Solon, n° 245; Dev., p. 169, n° 12; — Paris, 23 août 1825, Dev. Pal.; Rennes, 19 juin 1838, Dev., 1838, 2, 527; Pal., 1842, 2, 143; D. P., 42, 2, 167; Bourges, 8 décembre 1841, Dev., 1842, 2, 253; Pal., 1842, 2, 143; Douai, 14 avril 1845, Dev., 45, 2, 305; Pal., 1845, 2, 146; Caen, 22 juillet 1845; Pal., 1847, 1, 155.

Lorsqu'un arbre planté trop près de l'héritage voisin a subsisté pendant trente ans, le propriétaire de cet héritage, ainsi que nous l'avons vu, est privé du droit de le faire arracher : mais peut-il encore, après l'expiration de ce terme, couper les branches qui s'étendent sur son fonds? ∽ La prohibition de planter, peut-on dire, constitue une servitude négative : celui qui invoque la prescription ne prétend pas avoir acquis ; il se prétend affranchi de la servitude ; par conséquent, cette libération profite à l'héritage. L'article 176 du Code forestier est conçu dans cet esprit (Troplong, Prescrip.; Delv., p. 564, n° 347). ∽ L'erreur nous paraît évidente ; il n'en est pas des branches d'un arbre comme de l'arbre même : celui qui plante un arbre manifeste l'intention de le maintenir pendant longtemps ; le propriétaire voisin, averti par le fait, doit s'imputer de ne pas avoir réclamé ; après un silence de trente années, il n'est donc plus fondé à se plaindre. Cette intention ne peut se présumer quand il s'agit des branches, car on les coupe ordinairement à des époques rapprochées. En négligeant de faire opérer cette coupe, disent nos adversaires, le voisin est censé, après un espace de trente années, avoir concédé la servitude. Ce raisonnement conduirait tout au plus à décider qu'il a acquis le droit d'exiger le maintien des branches à la hauteur qu'elles avaient lorsque la prescription a commencé, suivant la maxime : *Tantum possessum quantum præscriptum* ; mais rien de plus, puisque les trente années ne se seraient pas accomplies pour l'excédant : or, l'accroissement successif des branches ne permet guère de préciser ce fait.—De telles bizarreries démontrent le vice du système ; à la différence de ce qui est établi pour ces arbres, il faut, par conséquent, décider que le propriétaire voisin peut faire couper les branches qui avancent sur son fonds, lors même que cet état subsiste depuis plus de trente années (1).

Le droit acquis, en vertu de la destination du père de famille, de conserver des arbres à une distance moindre que la distance légale, emporte-t-il celui de conserver les branches de ces arbres qui avancent sur le fonds voisin (672 et 692)? ∽ Non, évidemment. La destination du père de famille se borne au maintien des arbres ; elle ne s'étend pas, elle ne peut s'étendre aux branches, puisqu'elles n'existaient pas encore : le père de famille est censé, au contraire, avoir disposé à charge d'élagage aux époques voulues, conformément au droit commun. Ce sont là des droits distincts; par conséquent, l'un n'emporte pas l'autre : il n'y a point indivisibilité, comme on l'a prétendu à tort (Pardessus, n° 197; Paris, 23 avril 1825 ; cass., 16 juillet 1835, Dev., 1835, 1, 799. *Voyez* cep. Solon, n° 399).

Si le voisin ne fait pas couper les branches qui s'étendent sur son terrain, que doit-on décider à l'égard des fruits? ∽ Il n'est pas douteux que le propriétaire du terrain sur lequel ces branches s'étendent peut exiger qu'elles soient coupées. Mais *quid* s'il n'a pas usé de cette faculté? ∽ Vazeille, Prescrip., n° 119, et Troplong, sur l'article 2229, décident que les fruits appartiennent au propriétaire du terrain couvert, en vertu de la règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous (552). ∽ Suivant Duranton, n° 400, et Delvincourt, p. 170, n° 1, le propriétaire du terrain ne peut les cueillir ; mais, une fois tombés, ils lui appartiennent comme indemnité du tort que lui cause l'ombrage. ∽ Pardessus, n° 196; Toullier, n° 516 ; Marcadé, et Merlin, v° Arbre, § 8, vont plus loin : ils décident que le propriétaire du terrain ne peut même s'approprier les fruits tombés de l'arbre.—Cette décision nous paraît fondée, car le droit sur les fruits détachés du sol n'est qu'une continuation de la propriété de l'arbre. Aucun texte

(1) Zach., t. 2, p. 54, note 3; Dur., n° 398; Zach., § 242, n° 2; Pardessus, n° 196; Proudhon et Curasson, Dom. privé, n° 581; Droit d'usage, t. 2, n°s 572 et 573; Merlin, Rép., v° Voisinage, § 4, n° 6; Marcade, Encyclop., v° Arbres, n° 13; Vaz., t. 1er, n° 119; Solon, n° 244; Toullier, n° 507; — Paris, 16 février 1824, Dev. Pal.; Poitiers, 13 juin 1844, Pal., 1844, 2, 146; Bourges, 4 juin 1845; Pal., 1848, 1, 537; Dev., 1845, 2.

ne déclare les fruits acquis au propriétaire du terrain. Les anciens usages qui les attribuaient au propriétaire du fonds ont été abrogés par la loi du 30 ventôse an XII, art. 7. Le respect dû à la propriété domine dans nos lois.

Le propriétaire de l'arbre a-t-il le droit de réclamer le passage nécessaire sur le fonds voisin pour aller cueillir les fruits de cet arbre, ou ramasser ceux qui sont tombés? ✓✓ C'est là une servitude établie par les lois du bon voisinage : qui veut la fin veut les moyens. L'obligation de souffrir le passage résulte du consentement à laisser subsister les branches.—Cette obligation est la même, que l'héritage soit *clos* ou *non clos*. — Il est bien entendu que ce voisin peut exiger une indemnité, si la récolte ou la chute des fruits lui cause quelque préjudice (argument de l'art. 682) (1).

673 — Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie ; et chacun des deux propriétaires a droit de requérir qu'ils soient abattus.

= La propriété de l'arbre s'estime d'après la situation du tronc, sans égard aux racines qu'il peut avoir jetées sur un autre fonds.

De là il résulte que, si le tronc se trouve entièrement placé sur l'héritage de l'un des propriétaires, l'arbre n'appartient qu'à ce propriétaire (553), sauf le droit réservé au voisin de le faire abattre s'il n'a pas été planté à la distance requise, de couper les racines et de faire couper les branches qui s'étendent sur son héritage ;

Que les arbres plantés sans haie, sur la limite des deux héritages, pour servir de bornes, sont communs, s'il n'y a titre ou possession contraire ;

Que les arbres plantés dans une haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie : en conséquence, l'un et l'autre copropriétaire ont droit aux fruits et au produit de ces arbres; mais le partage ne doit pas avoir lieu par égales portions, car la communauté n'est point parfaite ; elle existe seulement *pro regione ;*

Que chacun des propriétaires voisins peut émonder les branches qui se trouvent de son côté, et recueillir les fruits produits par ces branches.

Au surplus, celui des copropriétaires qui ne serait pas satisfait de la répartition des fruits, pourrait exiger que les arbres fussent abattus, nonobstant leur ancienneté, lors même que l'arbre ne serait point exactement placé au milieu de la haie. Il jouirait de cette faculté, lors même que les deux fonds auraient appartenu au même propriétaire : on ne saurait lui opposer la destination du père de famille; car il s'agit ici de l'exercice d'un droit de copropriété et non d'une servitude. — La prescription ne commencerait que du jour où l'un des deux voisins aurait eu la jouissance exclusive de l'arbre. (Dur., n° 378.)

Le droit d'exiger que les arbres soient abattus tend à prévenir les procès ruineux qui s'élèveraient pour les objets les plus modiques, si l'arbre mitoyen s'étendait plus d'un côté que de l'autre.

(1) Toullier, n° 517; Merlin, Rép., v° Voisinage, § 4, n° 6; Pardessus, n° 196; Marcadé; Zach., p. 55;—Cass., 31 décembre 1810, Dev. Pal.—*Voy.* cep. Dur., n° 400; Vazeille, Prescrip., n° 119; Zach., § 242.—Delv., p. 564, refuse le passage au propriétaire de l'arbre, lorsque le fonds voisin est en état de clôture.

Le partage du bois provenant de l'abatage se fait en proportion de l'étendue de terrain que le tronc occupait sur chacun des deux fonds.

Quant aux arbres plantés sur les chemins qui bordent les héritages, il faut distinguer :

S'ils se trouvent sur des chemins privés, ils appartiennent évidemment aux propriétaires de ces chemins;

S'ils sont plantés le long des chemins publics, mais sur le terrain des particuliers, ils appartiennent aux propriétaires de ce terrain, lesquels ont en conséquence la faculté de les abattre ou de les renouveler.

Les propriétaires riverains ont également la propriété des arbres plantés sur les chemins publics ; mais ils sont tenus, pour les abattre ou les arracher, de se faire autoriser par l'administration préposée à la conservation des grandes routes, et de remplacer ceux qui tombent ou meurent. (Loi du 9 ventôse an XIII.)

SECTION II.

DE LA DISTANCE ET DES OUVRAGES INTERMÉDIAIRES REQUIS POUR CERTAINES CONSTRUCTIONS.

674 — Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisances près d'un mur mitoyen ou non ;

Celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau,

Y adosser une étable,

Ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives,

Est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin.

= Tout propriétaire peut disposer librement de son héritage et faire dessus ou dessous tels travaux que bon lui semble : la loi ne lui impose d'autre limite que le respect dû au droit d'autrui.

Celui qui se propose d'effectuer des travaux susceptibles par leur nature de nuire au fonds voisin, doit donc prudemment, s'il veut se mettre à l'abri d'une demande en indemnité, observer les mesures prescrites par les règlements, par les usages locaux, ou par les circonstances, soit dans l'intérêt public, soit dans l'intérêt des propriétaires qui l'environnent.

La loi nous donne ici quelques exemples : elle s'occupe spécialement du cas où l'un des voisins voudrait adosser certains travaux contre un mur construit sur la limite de sa propriété.

Les précautions à prendre sont dictées par les mêmes motifs qui ont fait maintenir les règlements locaux et les usages particuliers relativement à la plantation des arbres et à la hauteur des murs de clôture.

Quelles mesures doit-on observer à défaut d'usages et de règlements? Notre article garde le silence : concluons de là que les tribunaux peuvent prescrire, pour empêcher le dommage, telles mesures que commandent les circonstances, et qu'ils peuvent même, le cas échéant, ordonner la suppression (1382) des constructions (1).

Bien plus, malgré l'observation des mesures prescrites, si le voisin éprouve un dommage quelconque, résultant, par exemple, de la fumée ou d'exhalaisons insalubres qui se répandraient sur tout ou partie de son héritage, il peut exiger une indemnité (1382) (2).

Si le propriétaire du mur mitoyen veut à son tour adosser contre le mur des travaux du genre de ceux dont nous parlons, il doit, bien entendu, prendre les mêmes précautions que son voisin.

L'article 674 n'est pas limitatif; on doit appliquer ses prescriptions à tous les cas non prévus, lorsqu'ils sont identiques et analogues à ceux qui s'y trouvent énumérés : par exemple, il ne dit rien des canaux destinés à la conduite des eaux; cependant, comme ils entretiennent de l'humidité et présentent les mêmes inconvénients que les puits, il faut observer les mêmes précautions. — Il ne parle pas des tuyaux d'une fournaise; cependant, comme le passage de la flamme peut brûler le mur, on doit observer toutes les mesures prescrites à l'égard des forges, fours, etc. — Il ne statue que pour les magasins de matières corrosives, telles que des soudes, du fumier, etc.; cependant, on doit par analogie étendre ces règles aux terres jectisses (3) — Il ne parle que du cas où il existe un mur entre les deux propriétés; cependant, la règle serait la même si elles n'étaient séparées que par une haie.

Les mesures prescrites doivent être observées, que le mur, porte notre article, soit *mitoyen* ou NON : de là naît la question de savoir si elles sont applicables au cas même où le constructeur serait seul propriétaire du mur? Il nous paraît évident que cette expression dépasse la pensée du législateur : par quel motif, en effet, pourrait-on interdire à un propriétaire la faculté de détruire ou de détériorer sa chose? Il faut donc supposer que le voisin a intérêt à la conservation du mur; en d'autres termes, que ce mur est *mitoyen*. Telle était, au surplus, l'hypothèse prévue par l'article 191 de la coutume de Paris (4).

Si le mur n'est pas mitoyen, il est clair que le voisin doit, avant d'y adosser aucun ouvrage, acheter la mitoyenneté dans toute l'étendue qui lui est nécessaire (657 et suiv.). Le doute ne peut s'élever sur ce point.

Parmi les règles déterminées dans cet article, il en est qui n'ont pour

(1) Metz, 10 novembre 1808, 16 août 1820; Bourges, 22 thermidor an XI, Dev. Pal.

(2) Pardessus, nos 201 et 332; — Cass., 19 janvier 1829, D., 29, 1, 124

(3) Pardessus, no 199; — Metz, 16 août 1820.

(4) Desgodets sur l'article 192 cout. de Paris, no 5.

but que l'utilité du voisin : telles sont celles qui sont relatives aux amas de sel, de matières corrosives, etc. Il en est d'autres qui intéressent la sûreté publique : telles sont celles qui sont relatives aux âtres, forges, etc. Les parties peuvent convenir que les premières seront négligées ; le droit de maintenir les travaux qui ont été faits peut même s'acquérir par prescription, malgré le préjudice qu'ils peuvent causer au voisin, et cela sans indemnité, puisque nous supposons l'action prescrite. — Mais elles doivent se conformer nécessairement aux deuxièmes : à toute époque, le voisin pourrait exiger que les choses fussent rétablies dans leur état primitif, en portant plainte soit au maire de la commune, soit au commissaire de police.

SECTION III.

DES VUES SUR LA PROPRIÉTÉ DE SON VOISIN.

Il ne faut pas confondre les *jours* avec les *vues :*

On entend par *jours*, des ouvertures disposées de manière à éclairer un lieu, mais sans procurer les moyens de voir à l'extérieur. — Les dimensions des jours ne sont pas limitées.

Les *vues* sont toute espèce d'ouvertures qui peuvent non-seulement procurer de la lumière, mais encore faciliter les moyens de regarder hors de l'édifice.

Il existe deux sortes de vues : les vues *droites*, et les vues de *côté* ou *obliques*.

Les vues *droites* sont celles qui sont percées dans un mur parallèle à la ligne séparative des deux héritages, qui permettent de regarder en face.

Les vues *obliques* sont celles qui sont pratiquées dans un mur placé sur le côté et en retour d'équerre de l'héritage voisin, qui obligent à regarder à droite ou à gauche.

Pour déterminer les mesures à prendre relativement aux vues et aux jours, la loi distingue trois cas : le mur est mitoyen ; — il n'est pas mitoyen, mais il se trouve sur la ligne séparative; — il est placé à une certaine distance de cette ligne, soit parallèlement, soit obliquement :

Si le mur est mitoyen, l'un des copropriétaires ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans ce mur aucune ouverture (675);

S'il n'est pas mitoyen, le propriétaire exclusif du mur jouit au contraire de cette faculté, mais sous certaines restrictions (*voy.* 676-679).

Dans aucun cas, le propriétaire du mur non mitoyen ne peut, sans le consentement du voisin, avoir ni vues libres (soit droites, soit obliques), ni fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur son terrain, s'il n'existe une certaine distance entre ce mur et l'héritage voisin (678-680).

Il ne faut pas confondre la servitude de *vue* avec celle de *prospect ;* l'une est moins étendue que l'autre : celle-ci consiste dans l'obligation où se trouve le propriétaire voisin de ne rien faire sur son fonds qui

puisse nuire à l'aspect du dehors, soit en bâtissant, soit en plantant des arbres.—La servitude de *vue* n'emporte donc pas la servitude de *prospect*.

Des jours simples ou jours de souffrance.

675 — L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant.

= On ne construit un mur mitoyen que pour se clore et pour y adosser des constructions, et non pour y pratiquer des vues.

Celui qui veut faire pratiquer des ouvertures dans le mur mitoyen doit donc obtenir le consentement de son copropriétaire, puisque le mur n'est pas destiné à cet usage. — Ce consentement est de rigueur; il ne saurait être suppléé, comme dans le cas de l'art. 662; car il ne s'agit plus de pratiquer de simples enfoncements, mais de percer le mur de part en part, et, par conséquent, d'attaquer le côté du voisin.

676 — Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant.

Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles auront un décimètre (environ trois pouces huit lignes) d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant.

= Lorsque l'un des voisins est seul propriétaire de la totalité, ou seulement d'une partie du mur, il lui est permis de pratiquer, dans la partie (1) qui lui appartient, telles ouvertures qu'il juge convenables : on ne voit, dans cette faculté, qu'une conséquence du droit de propriété.

Toutefois, la loi prescrit des mesures dans l'intérêt du voisin :

Parmi ces mesures, les unes concernent les jours que l'on veut pratiquer dans le mur qui joint immédiatement l'héritage (676 et 677).

Les autres concernent les vues d'aspect (678 et 679).

Lorsque le mur joint immédiatement l'héritage voisin, ou, ce qui revient au même, lorsqu'il ne se trouve pas à la distance déterminée par les art. 678 et 679, on ne peut pratiquer dans ce mur de jours libres ou fenêtres ouvrantes, mais seulement des jours ou fenêtres à fer maillé ou à verre dormant (2); encore faut-il se conformer aux règles déterminées dans cet article et dans le suivant.

Ainsi, trois conditions sont requises :

1° Les jours doivent être à verre dormant; en d'autres termes, il faut que le châssis soit fixé de manière à ne pouvoir s'ouvrir;

(1) *Voy.* cep. Douai, 17 février 1810, Dev. Pal.

(2) On appelle *fer maillé*, un treillis de fer ou grillage; et *verre dormant*, celui qui est placé sur un châssis qui ne peut s'ouvrir.

2° L'ouverture doit être garnie d'un treillis en fil de fer, dont les mailles n'aient pas plus d'un décimètre;

3° Enfin, les jours doivent se trouver, dans leur partie inférieure, à 26 décimètres au moins du sol de la pièce qu'ils éclairent, si cette pièce est au rez-de-chaussée, et à 19 décimètres pour les étages supérieurs.

La hauteur se compte à partir de la pièce qu'il s'agit d'éclairer, sans qu'on ait à s'occuper de la hauteur du sol du côté du voisin. (Pardessus, n° 210; Delv., p. 170, n° 8) (1).

Ne concluons pas de ces mots : le propriétaire d'un *mur non mitoyen*, que, pour avoir le droit de pratiquer des jours, il faut être propriétaire du mur dans toute sa hauteur : il suffit d'avoir la propriété de la partie où l'on veut pratiquer les jours (Delv., p. 170, n° 4).

Ces règles sont imposées dans l'intérêt du voisin; elles ont pour but d'empêcher qu'on ne jette quelque chose dans son fonds ou qu'on n'y porte des regards curieux.

Les art. 676 et 677 ne contiennent point de règles sur la largeur et la hauteur que peuvent avoir ces ouvertures; par conséquent, chacun jouit d'une liberté absolue à cet égard.

Quels sont les droits du propriétaire voisin? Il peut, si le mur se trouve sur la ligne séparative des deux héritages, acquérir la mitoyenneté du mur : mais a-t-il le droit de faire supprimer les jours? On distingue : si les ouvertures ont été faites suivant les règles prescrites par les articles 676 et 677, ce propriétaire peut faire supprimer les jours, encore qu'ils aient existé pendant plus de trente années : on les considère comme des jours de souffrance, comme des droits précaires; la destruction de ces jours, après l'achat de la mitoyenneté, est un acte de pure faculté; ils ne subsisteraient que par tolérance : or, les actes de pure faculté ou de tolérance ne peuvent fonder ni titre ni prescription (arg. des art. 661 et 675).

Si les ouvertures ont été pratiquées au mépris des dispositions des art. 676 et 677, c'est-à-dire, sans châssis à verre dormant, sans fer maillé, ou sans observer la hauteur légale, elles constituent une servitude : cette servitude, étant continue et apparente, peut s'établir par prescription (*voy.* art. 661, quest.).

— Le propriétaire voisin peut-il élever sur son terrain des constructions qui obstruent les jours ou les vues? ✓✓ (*Voy.* art. 678.)

677 — Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-six décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est au rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres (six pieds) au-dessus du plancher pour les étages supérieurs.

= Cette hauteur est prescrite afin qu'on ne puisse jeter les yeux sur

(1) Suivant Toullier, n° 326, et Favard, sect. 2, § 6, n° 1, la hauteur se compte du terrain le plus élevé; mais l'erreur est évidente. Le texte est formel.

l'héritage voisin. On n'exige pas, pour les étages supérieurs, une distance aussi grande que pour les rez-de-chaussées, parce que les plafonds sont ordinairement moins élevés.

On entend ici par rez-de-chaussée (*rez de terre*, *à fleur de terre*), le sol ou le dessus du pavé des rues, cours, jardins, etc.

Si les jours sont destinés à éclairer un escalier, ils doivent en suivre la direction; la distance se calcule, en ce cas, de la marche la plus élevée.

Des vues.

On distingue deux sortes de vues : les vues droites, et les vues de côté ou obliques. Cette distinction a servi de base aux dispositions des articles 678 et 679; mais les parties pourraient valablement déroger à ces dispositions (1) : ce serait alors cette dérogation qui, suivant nos principes, constituerait une servitude. Ainsi, à la distance prescrite, les jours sont pratiqués *jure dominii;* à une distance moindre ou plus grande, ils subsistent *jure servitutis*.

Donc, dans l'espèce, on imposerait à l'héritage voisin une servitude, si l'on pratiquait des vues à une distance moindre que celle fixée par la loi. — En sens inverse, on établirait une servitude sur le bâtiment, si l'on convenait que le propriétaire de ce bâtiment ne pourra ouvrir de fenêtres ou qu'il supprimera celles qui existent, quoique le bâtiment fût éloigné de plus de six pieds de la ligne séparative.

Cette servitude peut être acquise par titre ou par prescription :

Dans le premier cas, c'est le titre qui détermine l'étendue de la servitude; par exemple, le nombre de fenêtres qui seront ouvertes, la grandeur qu'elles auront et la distance à laquelle on pourra bâtir.

Dans le deuxième, on observe la maxime : *Tantum præscriptum quantum possessum :* en conséquence, le propriétaire ne conservera que la quantité de fenêtres qu'il aura possédées, sans pouvoir changer la largeur, la hauteur ni la situation de ces fenêtres.

678 — On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a dix-neuf décimètres (6 pieds) de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage.

= La loi n'a point égard à la nature de l'héritage voisin : que ce soit une maison d'habitation, un jardin, un herbage ou un labour, peu importe; elle ne distingue même pas si cet héritage est clos ou non clos; dans tous les cas, par cela seul que les deux héritages sont contigus, la règle qu'elle prescrit doit être observée.

— Celui qui acquiert la mitoyenneté d'un mur peut faire boucher les *jours de*

(1) Cass., 26 juillet 1871, S., 71, 1, 346.

souffrance qu'on y a pratiqués, lors même qu'ils subsistent depuis plus de 30 années (*v.* p. 852). — Quand il s'agit de fenêtres ouvertes dans un mur au mépris des prescriptions de la loi, le voisin peut les faire supprimer ; mais il doit réclamer avant l'expiration de 30 années ; après ce long espace de temps, le droit est prescrit, la servitude est acquise (*voyez* ce que nous avons dit à cet égard p. 853). — Mais reste une dernière question : ce voisin pourrait-il du moins paralyser l'exercice de la servitude en construisant sur la limite de son héritage de manière à rendre inutile l'usage des fenêtres? ∿ Cette question a été pendant longtemps controversée ; aujourd'hui, elle est tranchée en faveur du propriétaire qui a pratiqué les vues; il est admis que le voisin ne peut construire un mur qu'à la distance déterminée par les art. 678 et 679. Entrons dans quelques développements :

Point de difficultés si le droit est établi *par titre* ou par *destination du père de famille :* au premier cas, le titre fixe l'étendue de la concession ; — au deuxième cas, le constituant est supposé s'être tacitement engagé à ne pas rendre la concession inutile, et par conséquent à ne pas obstruer les fenêtres (1) en construisant sans observer la distance légale; qui veut la fin veut les moyens. Nous supposerons que le droit est acquis par prescription, seule hypothèse qui puisse donner lieu à difficulté. — Pour le propriétaire soumis à la servitude, on raisonne ainsi : celui qui, pendant 30 ans, a eu des fenêtres ouvertes sur l'héritage voisin, s'est affranchi de la servitude légale ; il a éteint, par la prescription, l'action que le voisin avait pour le contraindre à les boucher ; il a cessé d'être soumis à la règle des articles 678 et 679; mais il n'a pas acquis pour cela le droit d'empêcher le voisin de bâtir sur son héritage, même contre le mur, et de masquer ainsi les jours, car les facultés naturelles et légales ne se prescrivent pas. — D'ailleurs, en se libérant d'une servitude passive, on n'acquiert pas une servitude active ; les servitudes continues et apparentes seules peuvent s'établir par prescription (690) ; or, celle dont il s'agit n'est pas de ce nombre : quel droit a-t-on acquis ? celui d'avoir des vues sur le fonds voisin tant qu'un mur ne sera pas élevé ; c'est donc là une servitude non apparente, une servitude qui ne peut s'établir par prescription : il faut donc appliquer rigoureusement la maxime *Quantum possessum quantum præscriptum* (2). ∿ On répond ainsi : les servitudes légales ne sont pas de véritables servitudes, mais des manières d'être, des modes d'exercice du droit de propriété ; la servitude existe lorsqu'on s'est affranchi de ces règles : or, la servitude de vue peut-elle s'acquérir par prescription ? Nul ne le conteste : cette servitude, évidemment, est continue et apparente (688 et 689) ; donc, celui qui, pendant 30 ans, a eu des fenêtres ou vertes sur le fonds voisin, ne s'est pas seulement affranchi d'une servitude passive ; il a acquis une servitude active, une servitude *luminum :* or, en quoi consiste ce droit ? il consiste à empêcher tous travaux qui pourraient gêner la vue : le bon sens conduit à ces conséquences. On convient que tels sont les effets de la servitude lorsqu'elle est établie par titre ou par destination du père de famille : pourquoi décider autrement lorsqu'on invoque la prescription ? Ce dernier moyen d'acquérir n'est-il pas fondé sur la présomption légale qu'un consentement tacite est intervenu entre les parties ? Refuser cet effet à la prescription, ne serait-ce point créer arbitrairement une distinction repoussée par les termes généraux et absolus

(1) Cass., 23 avril 1817, Dev. Pal.; Pau 12 décembre 1834. et Pardessus, n° 204; Dev., 1835, 2, 303; D. P., 35, 2, 100; Paris, 20 mai 1836, Pal.

(2) Pardessus, nos 285, 292 et 312; Zach., p. 60; Delv., p. 173, n° 7; Toullier, nos 532, 533, 534 et 536; Merlin, Serv., Supp. aux quest. de droit ; — Pau, 12 avril 1826; Nimes, 21 décembre 1826; Angers, 12 avril 1819; D. Serv., p. 561; Dev. Pal.; Bastia, 19 octobre 1854, Dev., 1835, 2, 301; D. P., 35, 2, 70; Colmar., 10 mars 1832.

de la loi ?—Le voisin pouvait, s'il voulait se soustraire à la servitude, exiger une reconnaissance constatant qu'il ne souffrait les fenêtres que par tolérance ; s'il ne l'a pas fait, c'est qu'apparemment il voulait conférer le droit dont il s'agit.—Tel était, au surplus, l'esprit de la loi romaine (ff. de serv. præd. urb.; l. 1, de serv. et aquâ) : l'empereur Antonin déclare positivement que l'existence des jours pendant le temps requis pour prescrire est assimilée à la constitution d'une servitude par titre. — Au résumé, le voisin ne peut bâtir sur la limite de son héritage de manière à obstruer les jours ; il doit observer la distance de deux mètres (six pieds) pour les vues droites, et de soixante-six centimètres (deux pieds) pour les vues obliques (1).

Peut-on ouvrir des vues sur l'héritage voisin quand l'espace intermédiaire est un terrain public, un chemin ou une rue qui a moins de six pieds de largeur? ∾ La cour de Nancy (25 novembre 1816, Dev Pal.), et la cour de Dijon (26 mai 1842, Pal., 1842, 2 29) se sont prononcées pour la négative, par ce motif que la prohibition portée en l'article 678 était absolue. — Zach., p. 60, admet la doctrine de cet arrêt; mais elle est aujourd'hui généralement rejetée : les cours de Nancy et de Dijon elles-mêmes sont revenues sur leur jurisprudence.—Celui qui ouvre des fenêtres sur un passage public est réputé ouvrir ses vues sur ce qui est public, et non sur l'héritage qui est situé au delà; — d'ailleurs, la sûreté générale et l'agrément des villes exigent qu'il y ait des fenêtres sur les rues; — en appliquant à la lettre l'art. 678, on arriverait à empêcher dans les villages que la plupart des maisons fussent percées de fenêtres. — Les auteurs du Code ont copié la coutume de Paris; or, cette coutume permettait de pratiquer des vues sur une rue dont la largeur n'était pas telle qu'il y eût une distance de six pieds entre les deux fonds (2).

Si celui qui pratique les vues construit sur son terrain un autre mur assez élevé pour ne pas voir dans l'héritage voisin, est-il obligé, nonobstant l'existence de ce mur, d'observer la distance prescrite par cet article? ∾ Le but de la loi est rempli : les vues sont sur le mur intermédiaire et non sur l'héritage voisin. Mais, s'il abaissait ensuite ce mur, le principe reprendrait son empire, quand même le temps de la prescription serait écoulé : le voisin n'avait point d'intérêt à faire supprimer les vues pendant l'existence du mur; par conséquent, le délai n'a pu courir contre lui (3).

Quid si le mur intermédiaire appartient au voisin? ∾ On peut soutenir que le défaut d'intérêt rend celui sur le mur duquel les jours sont ouverts non recevable à en demander la suppression. ∾ Quoi qu'il en soit, comme le mur fait partie de l'héritage du voisin, il est vrai de dire que ces jours donnent sur cet héritage (Delv., p. 170, n° 12).

(1) Curasson, Comp. des juges de paix, p. 290; Dur., n° 326; Solon, n°s 145, 302 et suiv.; Vaz., Prescrip., p. 413-418; Marcadé:—Cass., 9 août 1815; Bordeaux, 10 mai 1822, 1er décembre 1827; Liége, 11 juillet 1814; Cass., 24 juin 1823; Montpellier, 28 décembre 1825; Nancy, 5 février 1828; Toulouse, 21 avril 1830; Grenoble, 1er août 1827, Dev. Pal.; Colmar, 23 mars 1833, Pal. Dev., 1836, 1, 605; D. P., 34, 2, 36; Cass., 1er décembre 1835, D. P., 1836; 1, 115; Dev., 1836, 1, 304; D. P., 36, 1, 115; Pal., 21 juillet 1836, Dev., 1836, 1, 529; Dev., 1836, 1, 304; Nîmes, 4 août 1837, Pal., 1839, 2, 259; Cass., 5 décembre 1838, Pal., 1838, 2, 543; Nîmes, 16 avril 1841, Pal., 1841, 2, 251; Montpellier, 19 novembre 1847, Pal., 1848, 1, 544.

(2) Toullier, n°s 528 et 444; Dur., n° 412; Delv., p. 170, n° 13; Merlin, Vues, § 2; Pardessus, n° 204; Solon, n° 294; Favard, v° Serv., sect. 2, § 6, n° 2; Rolland, v° Vue;— Bourges, 13 décembre 1831, Pal.; 8 mars 1843, Pal., 1843, 2, 150; Dijon, 7 mai 1847, Pal., 1848, 1, 52; Cass., 1er mars 1848, Pal., 1848, 2, 30; D. P., 1848, 1, 157; Nancy, 31 janvier 1838, Dev., 1838, 2, 208.

(3) Toullier, n° 528; Dur., n° 409; Solon, n°s 209 et 295; Toullier, n° 528; — Nancy, 31 janvier 1838, Dev., *ibid.*

Quid si le voisin fait abattre le mur intermédiaire après l'expiration du temps voulu pour la prescription? le droit de vue sera-t-il acquis? ∾ Si les vues deviennent nuisibles au voisin, dit Toullier, n° 528, c'est par son fait, par un fait que n'a pas dû prévoir celui qui les a fait pratiquer de bonne foi: le voisin doit s'imputer de ne pas les avoir fait supprimer. ∾ L'opinion contraire nous paraît mieux fondée ; car la possession n'a pas eu le caractère voulu de publicité (Pardessus, n° 204 ; Dur., n° 410).

679 — On ne peut avoir des vues par côté ou obliques sur le même héritage, s'il n'y a six décimètres (deux pieds) de distance (1).

= La distance ne se compte plus alors de la ligne extérieure du mur où se trouve la fenêtre, mais à partir de l'arête du montant de cette fenêtre. (Pardessus, n° 200; Dur., n° 413; Solon, n° 290.)

Bien que l'article 679 ne parle que des vues, on doit l'appliquer, par analogie, aux balcons et autres saillies. (Pardessus, n° 207.)

680 — La distance dont il est parlé dans les deux articles précédents, se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, et, s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés (2).

= La loi considère les balcons ou autres semblables saillies comme des moyens propres à faciliter l'exercice des vues : ainsi, la distance doit être comptée : pour les fenêtres, depuis le parement extérieur du mur où elles se trouvent; pour les balcons, à partir de la ligne extérieure de la balustrade. — On n'observerait pas la même règle à l'égard des autres saillies, telles qu'une corniche, l'avancement d'un toit, etc.

Lorsque l'espace intermédiaire entre le mur et l'héritage voisin est commun, la ligne de séparation se trouve au milieu du terrain (3).

Si les propriétés sont séparées par un mur, une haie ou un fossé mitoyens, on peut soutenir que la distance se compte à partir de la ligne qui forme le milieu du mur, de la haie ou du fossé. Néanmoins, comme les propriétaires voisins n'ont pas exactement la moitié de ces marques séparatives, mais la moitié de toutes leurs parties indivises, il nous paraît plus juste de calculer la distance en deça de la base du mur, du pied de la haie, ou des bords du fossé.

Mais si les murs, haies ou fossés appartiennent exclusivement à l'un des propriétaires, leur existence est indifférente; la distance se calcule toujours depuis le parement extérieur du mur dans lequel on veut pra-

(1) Il est bien entendu que l'on ne doit pas compter la distance à partir de la moulure qui se trouve ordinairement au bas de la fenêtre, car la moulure ne sert pas à la vue.

(2) Mauvaise rédaction : bonne pour les vues droites, vicieuse pour les vues obliques ; en effet, en prenant l'article à la lettre, il s'ensuivrait que le propriétaire dont l'héritage serait séparé de celui du voisin par une distance moindre de six décimètres, ne pourrait avoir sur cet héritage des vues même obliques. (Pardessus, Merlin, Rép., v° Vue, § 2, n° 7.)

(3) Solon, n° 292; Pardessus, n° 204; — Cass., 5 mai 1851, Dev. Pal.

tiquer des vues ou des balcons, *jusqu'au point où commence la propriété voisine.*

La loi ne distingue pas si l'héritage sur lequel il s'agit de prendre des vues est clos ou non clos : dans tous les cas, on doit laisser la distance prescrite par cet article, ou par les articles précédents, que l'héritage soit situé à la ville ou à la campagne.

— Nous avons vu, art. 661, que le propriétaire joignant un mur peut acquérir la mitoyenneté de ce mur : mais s'il use de cette faculté à l'égard du mur intermédiaire, les six pieds ne se retrouveront plus (678); en ce cas, pourra-t-il faire détruire les vues? ∽ Non; ces vues devront subsister : mais si par la suite on vient à les refaire, il faudra observer la distance requise, sauf toute convention contraire (Dur., n° 411; Pardessus, n° 206 ; Toullier, n° 522 ; Merlin, Vues, § 2).

Dans les lieux où la clôture n'est pas forcée, le propriétaire d'un mur placé sur la limite de sa propriété pourrait-il ouvrir des jours sans observer les distances prescrites par les art. 677 et 679 ; en d'autres termes, les règles des articles 678 et 679 seraient-elles applicables au propriétaire d'un enclos qui voudrait pratiquer, dans son mur de clôture, des vues sur la campagne? ∽ La loi ne distingue pas, dit Merlin : une fenêtre est un lieu d'observation d'où l'on peut épier sans être vu ce qui se passe chez le voisin ; il n'y a plus égalité de position entre les deux propriétaires voisins. (Merlin, v° Vues, n. 6, § 2.) ∽ Quoi qu'il en soit, nous pensons qu'il faut restreindre la règle aux vues ou fenêtres qui éclairent un appartement. On ne pourrait appliquer les mêmes règles aux vues dont il s'agit, sans se mettre en contradiction avec le principe qui rend la clôture facultative dans les campagnes : il s'ensuivrait que le propriétaire qui se serait clos de 3 côtés serait tenu, ou de se clore entièrement et de réparer le mur séparatif, s'il venait à tomber en ruine, ou de supprimer toute clôture. Telle est aussi l'opinion de Ducauroy, art. 678.

SECTION IV.

DE L'ÉGOUT DES TOITS.

681 — Tout propriétaire doit établir des toits (1) de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin (2).

= Dans l'espèce, c'est la main de l'homme qui a produit l'écoulement des eaux ; l'article 640 n'est donc plus applicable.

L'obligation que notre article impose est une limitation, dans l'intérêt d'autrui, de l'usage que chacun peut faire de ce qui lui appartient : ce n'est pas là précisément une servitude, mais une manière d'être de la propriété, une conséquence du principe qu'on ne peut rien avoir de suspendu sur l'héritage voisin.

(1) Ce qui ne veut pas dire que le voisin est obligé de faire des toits, etc....

(2) Lors même que ce fonds est inférieur au sien (Colmar, 5 mai 1819 et 15 mars 1830, Dev. Pal.).

Celui qui bâtit une maison sur l'extrémité de son terrain ne peut même placer des gouttières avancées, pour recevoir les eaux et les détourner sur lui-même; car une partie du terrain de son voisin serait alors couverte : il doit laisser, pour recevoir les eaux de son toit, un espace entre sa maison et l'extrémité de son héritage, et disposer les lieux de manière qu'elles ne puissent se répandre sur le fonds voisin.

Bien plus, si le propriétaire de ce fonds avait un mur contigu, l'espace devrait être pavé, afin que les eaux ne pussent nuire aux fondations.

Le Code ne s'expliquant pas sur la largeur de l'espace, il en résulte qu'il doit être déterminé par experts; on le fixe ordinairement à trois pieds (1).

On pourrait licitement déroger, par une convention, à la disposition de cet article, ou acquérir par prescription le droit de laisser écouler les eaux de son toit sur l'héritage voisin : ce serait alors une véritable servitude que l'on imposerait à cet héritage. — Les Romains appelaient cette servitude *servitus stillicidii*, quand l'eau tombait goutte à goutte, et *servitus fluminis*, lorsqu'elle était réunie dans une gouttière ou dans un ruisseau.

Pour connaître l'étendue de la servitude dont il s'agit, on distingue : lorsqu'elle est acquise par titre, ce titre fait loi;

Lorsqu'elle est acquise par prescription, on observe la maxime *Tantùm præscriptum quantùm possessum*.

Le propriétaire du fonds dominant a le droit d'empêcher que le propriétaire du fonds servant ne fasse aucune construction qui puisse nuire à l'exercice de son droit.

Mais rien ne s'opposerait à ce que celui-ci fît établir à ses frais des gouttières ou des canaux pour conduire les eaux sur une autre partie de son terrain.

On connaissait autrefois, dans plusieurs coutumes, une servitude légale dite d'échelage, ou *tour d'échelle*, qui conférait au propriétaire du mur la faculté de passer, de déposer des matériaux et de dresser des échelles sur le fonds voisin de ses constructions, pour faire les réparations nécessaires (2).

Le Code garde le silence sur cette règle coutumière : s'ensuit-il qu'elle soit abrogée? Pour les campagnes, l'affirmative nous paraît certaine : c'est au propriétaire qui élève un mur, à laisser un espace suffisant pour le réparer sans passer sur le fonds voisin (3). Mais pour les villes et faubourgs, lieux où la clôture est forcée, quelques doutes s'élèvent : si je puis contraindre mon voisin à contribuer aux frais de clôture, à plus forte raison, peut-on dire, ai-je le droit d'exiger qu'il me laisse passer sur son terrain pour réparer le mur existant (4).—Toutefois il a été jugé

(1) Pothier, nos 235 et suiv., deuxième appendice au contrat de société; Pardessus, no 213.

(2) Dans quelques localités on donnait également ce nom au terrain sur lequel s'exerçait la servitude.

(3) Merlin, Rép., vo Tour d'échelle; Disc. du tribun Gillet; Locré, Législ., p. 406 et suiv.

(4) Dur., no 315; Fournel, p. 424; Solon, nos 340 et suiv.; Merlin, Rép., Tour d'échelle, § 2; Pardessus, no 228; Bruxelles, 28 mars 1823, Dev. Pal.

avec raison, contrairement à l'opinion de Duranton et de Pardessus (*loco cit.*), que la servitude de tour d'échelle n'est pas une suite nécessaire de la servitude d'égout des toits ; car l'expérience journalière démontre que les toitures peuvent être réparées sans passer sur le fonds voisin ; si, dans quelques cas particuliers, le passage devient indispensable, il peut être l'objet d'une autorisation demandée et momentanément obtenue, en connaissance de cause, mais ce n'est point là une servitude (1).

Nous supposons que le mur n'est pas mitoyen ; en cas de mitoyenneté, il va de soi que chaque voisin devrait fournir le passage nécessaire pour réparer le mur.

SECTION V.

DU DROIT DE PASSAGE.

L'accès des propriétés est ordinairement favorisé soit par des chemins publics, soit par des chemins privés appartenant à plusieurs propriétaires, soit par une servitude de passage ; à défaut de tout moyen de communication, les règles que nous allons parcourir deviennent applicables :

Chacun est libre d'accorder, par des conventions particulières, une servitude de passage sur son fonds ; mais de pareilles conventions supposent un accord qui n'a pas toujours lieu entre voisins ; aussi, le législateur a-t-il cru devoir tracer des règles, pour empêcher que les fonds ne fussent réduits à l'inculture faute de passage (682 et 685).

Régulièrement, le passage doit être pris du côté où le trajet est le plus court (683) ; toutefois, en pareille matière, il n'y a point de principe absolu : les tribunaux sont appréciateurs des circonstances ; ils doivent prendre l'équité pour guide, mais toujours en cherchant à rendre la servitude le moins dommageable possible au propriétaire du fonds asservi.

Au reste, ce dernier peut exiger une indemnité proportionnée au préjudice qu'il pourra éprouver : — l'action en indemnité, comme toutes les actions ordinaires, se prescrit par trente ans (685).

La servitude s'éteint du moment où l'enclave cesse, soit par l'établissement d'un chemin, soit par la réunion du fonds enclavé à une propriété qui communique à la voie publique : alors il n'y a plus nécessité.

682 — Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.

(1) Toullier, n° 560; Favard, Rép., v° Servit., sect. 2, § 7, n° 7; Solon, n° 343; — Bordeaux, 21 décembre 1836, Pal. Dev., 1838, 2, 132; Caen, 8 juillet 1826, Pal. Dev.; Bourges, 3 août 1831, Dev., 1832, 2, 131.

= Le but de cette disposition est de rendre possible l'exploitation des *fonds enclavés* (1).

Le fonds est réputé enclavé, lorsqu'il n'a *aucune issue* sur la voie publique. — Cette expression (*aucune issue*) donne lieu aux remarques suivantes :

1° Elle ne s'entend pas seulement du défaut de toute issue, mais encore du cas où l'exploitation ne peut s'opérer par le passage existant: ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'il présente du *danger ou des difficultés équivalentes* à l'impossibilité (2); lorsqu'il n'est pas assez large pour l'exploitation ; lorsqu'il conduit à un chemin impraticable (3) ;

2° Que le propriétaire du fonds enclavé peut, en adoptant un nouveau mode de culture, exiger un passage plus large que celui dont il a joui jusqu'alors (4) ;

3° Que le fonds ne doit pas être réputé enclavé, s'il est au pouvoir du propriétaire de se procurer une issue; par exemple, lorsque l'enclave résulte d'un partage, d'une vente ou d'un échange, c'est aux copartageants, aux copermutants, aux vendeurs ou à l'acquéreur du terrain limité par la voie publique, à fournir un passage, et non aux propriétaires des fonds voisins : nul, en effet, ne peut nuire à autrui par son fait ou par sa faute; la transmission d'un fonds emporte implicitement la condition de fournir un passage pour y parvenir; il s'agit de l'application des règles sur la garantie ; l'article 682 est étranger à cette hypothèse (5). Celui qui a laissé fermer par des constructions l'issue qu'il avait sur la voie publique ne peut donc, sous prétexte d'enclave, prétendre à un passage sur le fonds voisin (6).

4° Enfin, que le passage est dû seulement en cas de *nécessité :* la loi n'entend pas sacrifier la propriété de l'un à la commodité de l'autre; la longueur des chemins qui communique avec la voie publique, leur mauvais état, ou la difficulté du trajet, n'entrent même pas en considération (7).

(1) Par le mot *fonds*, il faut entendre toute espèce de propriétés, bâtiments, jardins, champs et fontaines (Amiens, 25 mars 1813; Grenoble, 28 juin 1833; Pau, 14 mars 1831).

Le mot *exploitation* doit s'entendre non-seulement de la culture des terres, mais encore de l'enlèvement des fruits.

(2) Merlin, Serv., § 4; Favard, Rép., v° Serv., sect. 2, § 7, n° 1; — Colmar, 26 novembre 1816; D., Serv., p. 59, Dev. Pal.

(3) Cass., 16 février 1835, Dev., 1835, 1, 806; D. P., 35, 1, 169; 23 août 1827.

(4) Solon, n° 330; Favard, Serv., sect. 2, § 7, n° 3; Agen, 18 juin 1823, Dev. Pal.; 8 juin 1836, Dev., 1836, 1, 453; D. P., 38, 1, 95.

(5) Pardessus, n° 218; Toullier, n° 547; Fournel, Voisin., t. 2. p. 103; Dur., n°s 417 et 420; Zach., § 246; — Cass., 1er mars 1811; Caen, 26 mai 1824; Rennes, 22 mars 1826; Besançon, 23 mai 1828; Cass., 30 novembre 1830, Dev. Pal.; Colmar, 26 mars et 10 mai 1831; Nancy, 28 janvier 1833, Pal.; Bordeaux, 27 mars 1841; Cass., 19 juillet 1843, D. P., 42, 2, 25; 43, 1, 412; Riom, 10 juillet 1850; Douai, 23 novembre 1850, D. P., 1851, 2, 214.

(6) Pardessus, n°s 219 et suiv.; Solon, n° 328; Favard, v° Serv., sect. 2, § 7, n° 2; Toullier, n° 550; Dur., n° 420; — Paris, 11 février 1808; Agen, 16 février 1814; Caen, 26 mai 1824, Dev. Pal.; Bourges, 8 juin 1831; Cass., 1er mai 1811, Dev. Pal.

(7) Fournel, Vois., t. 2, p. 303; Pardessus, n° 218; Zach., p. 63; Dur., n° 417; Toullier, n° 547; Solon, n°s 315, 318 et 319; Delv., p. 165, n° 4; — Cass., 23 août 1827, 31 mai 1825 ; Rennes, 22 mars 1826; Besançon, 23 mai 1828; Colmar, 26 mars 1831, Dev., 1831, 2, 278; Rouen, 16 juin 1835, Dev., 1836, 2, 87; D. P., 37, 2, 132.

Les anciens auteurs et notre ancienne jurisprudence admettaient qu'il y avait enclave, lorsque le terrain était séparé du chemin public par une rivière sur laquelle il n'existait ni pont ni bac : cette décision doit encore être suivie (1). — Il nous semble, néanmoins, que la nécessité n'existe pas, quand il s'agit d'une petite rivière appartenant au propriétaire enclavé ; car il lui est facile de se procurer un passage au moyen de quelques travaux peu dispendieux (2) : ce propriétaire ne peut raisonnablement dire qu'il est privé d'issue.

Ce sont là, au surplus, des questions de fait livrées à l'appréciation souveraine du juge; une expertise est ordinairement nécessaire pour éclairer sa religion (3).

Du principe que l'obligation de fournir le passage est imposée par la loi, il résulte que nul ne peut s'y soustraire, même sous prétexte que son héritage est clos de haies ou de murs, que c'est un jardin ou une cour.

Celui à qui la loi accorde un passage doit jouir librement de son droit : le propriétaire du fonds servant ne pourrait gêner l'exercice de ce droit, en établissant une barrière ou une porte, bien qu'il offrît une clef au propriétaire enclavé. (Dur., n° 434.)

Après avoir déterminé les droits du propriétaire dont le fonds est enclavé, voyons quels sont ceux du propriétaire dont le fonds doit un passage.

Tout héritage est naturellement libre; on ne peut donc obtenir de servitude de passage sans indemniser celui sur le fonds duquel ce passage est accordé.

Cette indemnité se règle à l'amiable : si les parties ne peuvent s'accorder, elle se règle judiciairement au moyen d'une expertise.

Les experts doivent prendre pour base la valeur du terrain sur lequel s'exercera le passage et le préjudice qui en résultera pour le propriétaire du fonds servant; ils ne doivent avoir que peu d'égards à l'avantage que cette servitude pourra procurer à celui qui la réclame.

Il suit de là que l'indemnité n'est pas due, si le passage n'occasionne aucun préjudice. Elle se paye ordinairement à l'instant où commence l'exercice du droit de passage; néanmoins, le propriétaire du fonds enclavé pourrait être autorisé par les tribunaux à jouir de ce droit pendant les opérations de l'expertise, et même obtenir un délai pour se libérer. (Pardessus, n° 221 ; *voy.* cep. Locré, p. 498 et suiv., t. 7 ; Dur, 470, notes).

Le droit à l'indemnité peut se prescrire ; de quel jour court la prescription? *voy.* art. 685.

683 — Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique.

(1) Delv., p. 165, n° 5; — Rouen, 15 février 1821. Dev. Pal.

(2) Toullier, n° 547; Pardessus, n° 218; Solon, n°s 315 et 318; Dur., n° 417; Zach., § 246, n° 4 Fournel, Vois., t. 2, p. 105; — Colmar, 26 mars 1831; Cass., 25 août 1827.

(3) Cass., 24 décembre 1835, Pal.

= Le propriétaire enclavé peut exiger un passage; mais il ne suit pas de là qu'il ait le droit de s'adresser à tous ses voisins; *régulièrement*, la servitude doit s'exercer du côté le plus rapproché de la voie publique.

Le voisin auquel le passage est demandé peut, si l'héritage d'un autre voisin présente un trajet plus court, repousser la demande, même quand le trajet serait moins commode au propriétaire du fonds enclavé.

Cette règle est générale, mais elle n'est pas absolue : la loi porte que, *régulièrement*, le passage doit être pris du côté où le trajet est le plus court; elle laisse en conséquence au juge la faculté de s'en écarter dans des circonstances graves, par exemple, si le demandeur se trouve dans la nécessité de faire des dépenses considérables pour approprier à ses besoins le chemin le plus court, ou bien encore si l'héritage qui offre le trajet le plus court est un clos, un jardin ou un bâtiment (*voy.* art. 684). Le juge prend en considération l'état des lieux, et prononce d'après l'équité (1).

Celui qui prétend que le passage ne doit pas être établi sur son fonds, parce que ce n'est pas sur ce point que le trajet est le plus court, peut prouver le fait. Nous excepterons le cas où il se serait écoulé plus de trente ans depuis l'établissement du passage : on présumerait alors que les convenances légales ont été observées (2); on maintiendrait la servitude sans indemnité.

Le droit de passage, en cas d'enclave, constitue une servitude légale au profit du fonds enclavé : il n'y a donc point lieu d'appliquer ici la règle qui déclare les servitudes discontinues non susceptibles d'être acquises par prescription. Ce droit existe indépendamment de tout fait de l'homme, par cela seul que le passage est nécessaire; il ne s'agit *point* de l'acquérir.— Toutefois l'usage prolongé pendant un temps suffisant

(1) Toullier, n° 548; Zach., p. 64; Pardessus, n° 219; Dur., n°s 423 à 425; Favard, Serv., sect. 2, § 7, n° 3; Delv., p. 390, t. 1er; — Cass., 1er mai 1811; Besançon, 23 mai 1828, Dev. Pal.; Douai, 9 juin 1847; Cass., 29 décembre 1847 et 18 juillet 1848, D. P., 1848, 3, 204; 19 janvier 1848, D. P., 48, 1, 5.

(2) Pardessus, n° 223; Toullier, n°s 652 et suiv.; Favard, Rép., v° Serv., sect. 2, § 7, n° 4; Poncet, n° 98; Carré, Comp., n° 406, t. 2; Proudhon, Droit d'usage, n° 260; Garnier, p. 487; Solon, n° 333; Curasson, p. 323; — Toulouse, 5 et 29 janvier 1820; Cass., 10 juillet 1821, 7 mai 1829, 16 mars 1830, Dev. Pal.; Lyon, 12 juin 1824, 1er février 1826; Cass., 11 août 1824; Bordeaux, 12 février 1827; Pau, 14 mars 1831, Dev., 1831, 2, 244, Pal.; Amiens, 19 mars 1824; — Pau, 1er mars 1834; D., 36, 2, 43; Cass., 23 août 1827, 8 janvier 1829, 7 mai 1829, 16 mars 1830, 21 mars 1831, 19 novembre, 1832, Dev., 1833, 1. 253; D. P., 33, 1, 46; 16 février 1835, D. P., 35, 1. 160; Dev., 1835, 1, 806; 24 décembre 1835, 7 juin 1836, D. P., 36, 1, 386; Pal., 37, 1, 32; Dev., 1836, 1, 936; Pal., 1837, 1, 32; 11 juillet 1837, Pal., 1837, 2, 479; Paris, 14 mars 1839, Pal., 1839, 1, 445; Bourges, 8 février 1840, Pal., 1841, 1, 91; Douai, 13 février 1840, Pal., 1841, 1, 390; Cass., 15 juillet 1845, Pal., 1845, 2, 222; 12 décembre 1845, Pal., 1846, 1, 392; 29 décembre 1847, Pal., 1847, 1, 103; 19 janvier 1848, Pal., 1848, 1, 288; 12 décembre 1843, Dev., 44, 1, 352; D. P., 44. 1, 84. — Cette opinion est combattue par Vazeille, Prescrip., n° 409; il existe même quelques arrêts contraires. *Voy.* Cass., 8 juillet 1812 et 27 juin 1832, Dev., 1832, 1, 763; Orléans, 22 juillet 1835, Dev., 1835, 2, 495; mais ces arrêts ont été rendus dans des espèces réglées par des coutumes sous l'empire desquelles nulle servitude n'était admise sans titre.

pour prescrire aurait pour effet d'affecter un lieu à l'exercice de ce droit : en conséquence, le propriétaire enclavé pourrait user des actions possessoires s'il était troublé par le propriétaire du fonds asservi. Ce dernier serait censé avoir renoncé au droit de demander que la servitude fût exercée dans un autre lieu (1).

684 — Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé.

= Puisque la loi ne constitue la servitude de passage que par *nécessité*, il est clair que ce n'est point la commodité de celui qui demande le passage qu'il faut considérer, mais bien celle du voisin qui doit le fournir.

Si donc il fallait traverser une cour ou un jardin, le propriétaire du fonds enclavé pourrait être contraint de prendre le passage sur une autre partie du terrain, quoique le trajet dût être plus long ou plus incommode (2).

Par la même raison, si le passage peut être pris sur les fonds de divers propriétaires, cette servitude sera supportée par celui qui éprouvera le moindre préjudice, quand même le trajet serait plus long du côté de ce dernier que de l'autre.

Au surplus, il ne faut pas perdre de vue qu'en obligeant le propriétaire d'un fonds à céder le passage, la loi ne l'oblige pas à céder le terrain ; elle ne veut point agrandir le domaine de l'un aux dépens de l'autre ; c'est seulement une servitude qu'elle constitue.

685 — L'action en indemnité, dans le cas prévu par l'art. 682, est prescriptible, et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable.

= Le droit de réclamer le passage pour le service du fonds enclavé est imprescriptible (2232); mais l'action en indemnité à laquelle le passage donne lieu est, comme toutes les actions ordinaires, soumise aux règles de la prescription.

La durée de la prescription est de trente ans : ce délai court du jour de l'expiration du terme déterminé par la convention qui fixe le montant de l'indemnité, sinon du jour où l'indemnité aurait pu être exigée, c'est-à-dire, du jour de l'enclave ; du jour où le passage a été exercé à titre de servitude, et non du jour où l'indemnité a été réglée ; autrement l'art. 685 ne serait qu'une répétition de l'art. 2262 (3).

(1) Dur., n° 435; Toullier, n° 554; — Toulouse, 26 mai 1829; Grenoble, 15 mars 1839, Pal., 1845, 2, 589; Rennes, 18 mars 1839; Pal., 1845, 1, 575; Aix, 14 juin 1844, Pal., 1845, 1, 85; Bordeaux, 18 mars 1845, Pal., 1845, 1, 769; Cass., 19 janvier 1848, Pal., 1848, 1, 288, Dal., 1848, 1, 5; 18 juillet 1848, Dal., 1848, 1, 205.

(2) Bordeaux, 15 janvier 1855; D., 56, 2, 64.

(3) Pardessus, n° 224; Solon, n° 555 et 554, — Cass., 11 août 1824 et 23 août 1827, Dev. Pal. — Sous ce point de vue, l'article 685 est introductif d'un droit nouveau. Dans la plupart des cou-

Si le passage avait d'abord été exercé par simple tolérance, mais sans nécessité, et que par l'effet d'événements imprévus, d'un éboulement, par exemple, le fonds de celui qui en jouissait se fût ensuite trouvé enclavé, la prescription ne courrait que du jour où le passage serait devenu nécessaire, parce que la servitude légale, et par conséquent le droit à l'indemnité, ne daterait que de cette dernière époque (1). Le passage qui n'est pas commandé par la nécessité est toujours réputé précaire et de simple tolérance; c'est là une servitude discontinue, qui ne peut s'acquérir que par titre.

C'est à celui qui exerce le droit le passage à prouver qu'il a prescrit l'action en indemnité (Dur., no 430).

Lorsque la nécessité vient à cesser, soit par l'établissement d'un chemin, soit par la réunion d'un autre héritage communiquant à la voie publique, la servitude légale cesse également : la loi ne concède le passage qu'à raison de l'enclave : *cessante causâ*, *cessat effectus*. Il en serait ainsi, quand même ce droit aurait été exercé pendant plus de trente ans, quand même une indemnité aurait été payée : l'exercice d'un passage *nécessaire* ne saurait conduire à l'usucapion d'un passage de simple commodité; ce serait là une servitude conventionnelle : nous verrons que les servitudes discontinues ne peuvent s'acquérir par prescription.

Ainsi, le propriétaire du fonds servant peut en ce cas s'opposer à l'exercice de la servitude légale, en offrant de rembourser une partie de l'indemnité. La restitution sera calculée eu égard au temps pendant lequel il aura joui de la servitude, si elle ne consiste pas dans une prestation annuelle (2).

Vainement objecterait-on que, l'indemnité une fois payée, la servitude légale doit être assimilée à la servitude conventionnelle, et que le Code ne place point au nombre des cas d'extinction celui où le fonds, d'abord enclavé, aurait acquis une issue sur la voie publique (3) : la loi considère l'indemnité comme une compensation du dommage et de la gêne que le passage causera pendant son exercice, et non comme un prix d'acquisition. Nous trouvons, en faveur de notre opinion, un argument dans l'art. 701, duquel il résulte qu'en matière de servitude, on doit se diriger, avant tout, par l'équité. La nécessité seule et l'intérêt général de l'agriculture ont pu déterminer le législateur à imposer sur un fonds libre la servitude de passage; cette servitude de nécessité, introduite uniquement pour le besoin in-

tumes, le passage était réputé précaire tant que l'indemnité n'avait pas été réglée; la prescription de l'indemnité ne courait qu'à partir de ce règlement.

(1) Pardessus, no 224; Dur., nos 429 et 430; Zach., p. 64; — Cass., 11 août 1824; D., Servit., p. 65; 23 août 1827, S., 28, 1, 111.

(2) Lyon, 24 décembre 1841, Pal., 1842. 2, 685; D. P., 42, 2, 163; Dev., 42, 2, 166; Agen, 14 août 1834, Dev., 1835, 2, 404; D. P., 35, 2, 55; Limoges, 20 novembre 1843; Pal., 1844, 2, 168; Zach., § 246; Toullier, no 554; Solon, nos 331 et 332; Delv., p. 390; Pardessus, no 225; *voy.* cep. Dur., no 435; — Toulouse, 16 mai 1829; Grenoble, 15 mars 1839; Dev., 1845, 2, 418; et 20 novembre 1847; D. P., 1850, 2, 88.

(3) Delv., p. 165, no 10; Toullier, no 354.

dispensable de l'exploitation, qui, dans ce cas, est d'ordre public, s'évanouit donc lorsque la cause n'existe plus (1).

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

Les servitudes dont il s'agit sont toutes celles qui dérivent, ou d'un titre, ou d'une possession suffisante pour faire présumer un *accord*, ou de la *destination du père de famille*. — Ces servitudes n'ont d'autre base que celle qu'il plaît aux parties de leur assigner : ce sont là les véritables servitudes ; celles qui résultent de la situation des lieux, ou qui sont imposées par la loi, sont moins des servitudes que des modifications du droit de propriété, car elles existent indépendamment de toute volonté individuelle.

Ce chapitre est divisé en quatre sections :

Dans la première, le législateur expose la théorie et la division générale de ces sortes de servitudes;

Dans la deuxième, il détermine la manière de les établir;

La troisième est relative aux droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due;

Les causes d'extinction sont énoncées dans la quatrième.

SECTION PREMIÈRE.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SERVITUDES QUI PEUVENT ÊTRE ÉTABLIES SUR LES BIENS.

Tout propriétaire ayant l'exercice de ses droits peut établir sur son héritage telles charges que bon lui semble; la loi excepte seulement celles qui dégénéreraient en services personnels ou qui porteraient atteinte à l'ordre public. (*Voyez*, art. 637, ce que nous avons dit sur le caractère des servitudes.)

Les servitudes sont dites *urbaines* ou *rurales* (687); — *continues* ou *discontinues* (688); — *apparentes* ou *non apparentes* (689).

La première division, fort importante en droit romain, est sans utilité chez nous; mais il n'en est pas de même des deux autres.

Les auteurs divisent en outre les servitudes en *négatives* et *affirmatives :*

La servitude est *négative*, quand le propriétaire du fonds assujetti ne peut faire certaines choses : telle est la prohibition de bâtir, ou de ne bâtir que jusqu'à une certaine hauteur.

(1) Zach., § 246;—Pardessus, Serv., n° 225; Salon, nos 331 et 332; Agen, 14 août 1834, Dev., 1835, 2, 414; Lyon, 24 décembre 1841, Dev., 1842, 2, 166; Angers, 20 mai 1842, Pal., 1842, 2, 686; Orléans, 23 août 1844, Pal., 1844, 2, 204.

La servitude est *affirmative*, quand le propriétaire du fonds servant est tenu de souffrir quelque chose : telles sont les servitudes de vue, de passage, de puisage, etc.

Cette dernière division, admise dans notre ancienne jurisprudence, n'a pas été reproduite par le Code, sans doute parce qu'elle a paru inutile.

686 — Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.

L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue ; à défaut de titre, par les règles ci-après.

= La servitude est une charge, une aliénation d'une partie du droit de propriété ; pour l'établir sur un fonds, il faut donc être propriétaire de ce fonds, et avoir la capacité d'aliéner : ainsi, le mineur et l'interdit ne peuvent valablement consentir de servitudes sur leurs biens ; — ainsi, les femmes mariées doivent obtenir l'autorisation de leur mari, ou, à défaut, celle de la justice (217 et 218).

Toujours par suite du même principe, on décide que les biens de la femme mariée sous le régime dotal ne peuvent être grevés de servitudes que suivant la forme et dans les cas prévus par la loi (*voy.* 1554 et suiv.); — que les tuteurs ne peuvent consentir de servitudes sur les biens qu'ils administrent, qu'en observant les formes et conditions prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs ; — que les maris ne peuvent, de leur seule autorité, imposer de servitudes aux biens propres de leurs femmes. — Peuvent-ils constituer des servitudes sur les biens de la communauté ? La loi leur refuse le droit de disposer de ces biens par donation entre-vifs, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs ; par conséquent, ils ne peuvent, à titre gratuit, les grever de servitudes (1422) : celles qu'ils concéderaient par testament ne seraient valables qu'autant que l'immeuble, par l'événement du partage, tomberait dans leur lot (1423). Mais ils pourraient, sans nul doute, consentir ces sortes de charges à titre onéreux (1421).

Le nu-propriétaire d'un fonds ne peut, sans le consentement de l'usufruitier, imposer à ce fonds des servitudes qui nuiraient au droit de ce dernier; du moins l'exercice de la servitude serait retardé jusqu'à l'extinction de l'usufruit.

L'existence d'une hypothèque ne met point obstacle à ce que le propriétaire du fonds hypothéqué consente une servitude sur ce fonds, sauf

aux créanciers à demander leur remboursement, si l'établissement de la servitude dépréciait beaucoup la valeur du fonds (1183, 1912, 2131 C. civ.), ou même à faire annuler, en vertu de l'art. 1167, celles qui seraient constituées par leurs débiteurs en fraude de leurs droits : c'est là une règle de droit commun (1).

Celui qui n'a qu'une propriété résoluble, tel que le donataire (929 et 963), l'acquéreur à pacte de rachat, ou l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent, peut créer des servitudes ; mais ces charges s'évanouissent par la résolution du droit du cédant.

Le possesseur d'un héritage jouit de la même faculté; les servitudes qu'il a consenties deviennent irrévocables, si le propriétaire ne revendique pas son fonds en temps utile, c'est-à-dire, avant que la prescription ne soit accomplie au profit du possesseur.

Lorsque l'héritage appartient à plusieurs personnes, la servitude ne peut être imposée sur le fonds commun que du consentement de tous les copropriétaires; car un associé ne peut disposer du droit de ses coassociés.—Toutefois, le consentement donné par l'un d'eux seulement n'est pas inutile : l'établissement de la servitude est alors en suspens; le copropriétaire sera tenu de souffrir l'exercice de la servitude, si, par l'effet du partage ou de la licitation, le fonds ou la partie grevée tombe dans son lot. On décide même, par induction des art. 1166 et 882, que celui à qui la servitude a été cédée peut assister au partage, pour empêcher qu'il ne se fasse en fraude de ses droits (2).

Quant à l'usufruitier, il ne peut établir de charges qui affecteraient l'héritage lui-même : il peut seulement concéder, pour la durée de sa jouissance, des droits analogues aux servitudes, pourvu, bien entendu, que cette concession ne lèse pas les intérêts du copropriétaire (3).

Tous ceux qui ont le droit d'établir des servitudes sur leurs fonds peuvent en acquérir.

Le mineur, l'interdit ou la femme mariée, quoique privés du droit de consentir une servitude, ont cependant celui d'en stipuler; car ils peuvent rendre leur condition meilleure (arg. des art. 1123 et 1304).

Les administrateurs du bien d'autrui jouissent du même droit; car l'acquisition d'une servitude augmente l'agrément et par conséquent la valeur du fonds.

Un père peut stipuler une servitude en faveur de l'héritage de l'un de ses enfants mineurs (arg. de l'art. 935); un mari jouit du même droit à l'égard d'un héritage appartenant à sa femme : le père et le mari ont des pouvoirs suffisants, puisque l'un et l'autre sont chargés par la loi de faire ce qui est utile à la personne placée sous leur protection.

Le propriétaire d'un fonds indivis peut stipuler une servitude au pro-

(1) Pardessus, n° 245; Dur., n° 547, t. 5.

(2) Pardessus, n°s 250 et suiv.; Dur., n° 544; Toullier, n° 513; Zach., p. 73; — Limoges, 23 juin 1838, Pal., 1839, 1, 212; Bruxelles, 13 octobre 1821, Dev. Pal.

(3) Dur., n° 541; Pardessus, n° 247.

fit de ce fonds; car tous les copropriétaires sont réputés mandataires l'un de l'autre pour améliorer la chose commune (1).

On peut même, sans être propriétaire d'un fonds, ni représentant du propriétaire, stipuler une servitude au profit de ce fonds, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même (1121), ou d'une donation que l'on fait à autrui.

L'usufruitier, l'usager, l'antichrésite peuvent aussi créer des servitudes au profit du fonds soumis à leur droit, sauf ensuite au propriétaire à y renoncer, lorsque la propriété rentrera libre entre ses mains, si les conditions auxquelles ces droits ont été acquis lui paraissent trop onéreuses (2) : en ce cas, ils seront censés avoir stipulé pour la durée de leur jouissance.

Le simple possesseur, même de mauvaise foi, peut acquérir une servitude : la personne qui l'a consentie ne peut se faire restituer, car ce n'est pas là stipuler pour autrui : ce possesseur agit comme propriétaire; c'est le fonds qui acquiert, et non la personne.

Hors ces cas, le défaut d'intérêt annulerait la convention : ainsi, la *stipulation* que ferait un fermier ne produirait pas de droit réel en faveur du fonds.

Il faut bien distinguer la simple stipulation d'une servitude de l'acquisition par prescription, lorsque la servitude est de nature à s'établir de cette dernière manière : l'usufruitier, l'usager, le fermier ou le locataire, qui exercent une servitude sur un fonds voisin, agissent au nom du propriétaire, puisqu'ils possèdent pour lui; par conséquent, ils peuvent prescrire comme ce dernier pourrait le faire lui-même. D'ailleurs, ainsi que nous venons de le dire, ce n'est plus là stipuler pour autrui sans mandat; c'est le fonds qui a exercé et qui acquiert la servitude (*voy.* art. 690).

Le Code ne détermine pas la nature des servitudes que l'on peut établir; il accorde au propriétaire le droit d'imposer à son héritage toutes celles que bon lui semble : le nombre et les espèces varient à l'infini (3). Cependant, comme la loi naturelle ne permet pas de gêner la liberté des autres sans utilité pour soi-même, on ne pourrait établir de servitudes qui ne seraient d'aucun avantage pour l'héritage dominant, c'est-à-dire, qui n'augmenteraient ni le produit ni la commodité de cet héritage : telle serait, par exemple, la stipulation qui interdirait à un propriétaire la faculté de se promener dans son jardin : une pareille stipulation ne constituerait pas de servitude; elle serait considérée comme une obligation ordinaire de faire ou de ne pas faire, et se résoudrait comme telle en dommages-intérêts en cas d'inexécution.

Un simple agrément peut être l'objet d'une servitude ; *nec obstat*

(1) Pardessus, n° 260; Solon, n°s 349 et 353; Proudhon, n° 1452.

(2) Toullier, n° 579; Pardessus, n° 160.

(3) Après avoir établi une servitude, on peut en créer une deuxième de la même nature, pourvu que celle-ci ne gêne pas l'exercice de la première.

l'art. 637, qui, dans sa distinction, paraît exiger que la servitude ait pour objet l'*utilité* d'un autre fonds : cet article s'applique rigoureusement aux servitudes qui dérivent de la situation des lieux, ou qui sont imposées par la loi; mais il est modifié par l'art. 686, qui permet de créer par convention toute espèce de servitudes.

Pour qu'une servitude puisse être acquise, il n'est pas nécessaire que l'utilité existe *présentement;* il suffit qu'elle soit éventuelle : par exemple, on peut acquérir une servitude au profit d'une maison qu'on se propose de faire construire (Solon, n° 4), ou dont on n'est pas encore propriétaire, mais qu'on se propose d'acheter : l'exercice de la servitude commencera lorsqu'on sera devenu propriétaire de ce fonds, ou lorsque la maison sera construite (1).

Puisque la servitude est imposée pour l'utilité d'un héritage, il faut que ce fonds soit à portée de retirer quelque avantage de la servitude stipulée; mais la contiguïté n'est pas une condition essentielle : par exemple, dans la servitude de prospect, je puis stipuler de Titius, dont l'héritage est séparé du mien par un autre héritage, qu'il n'élèvera sa maison qu'à une certaine hauteur, afin de ne pas nuire à l'aspect de la mienne.

L'usage, l'étendue et même la durée des servitudes, ainsi que l'époque où elles doivent commencer, se règlent par le titre qui les constitue; et lorsqu'elles sont acquises par prescription, par la maxime : *Quantùm possessum tantùm præscriptum.*

On peut établir une servitude *purement et simplement :* dans ce cas, elle est perpétuelle; *à terme*, c'est-à-dire, pour commencer ou finir à une époque déterminée ; ou *sous condition.*

La liberté que la loi laisse aux particuliers leur donne, comme nous l'avons vu (639), le droit de déroger ou de modifier, en certains cas, les règles établies sur les servitudes qui dérivent de la situation des lieux ou de la loi : dès lors, ces règles ne sont applicables qu'à défaut de toute convention.

Le pouvoir des parties en matière de servitudes est fort étendu sans doute; néanmoins il a des bornes; le Code prohibe :

1° Les servitudes imposées *à une personne* (2) *ou en faveur d'une personne;*

2° Celles qui seraient contraires à l'ordre public.

La première exception n'est qu'une conséquence de la disposition de l'article 637, disposition qui limite les servitudes aux assujettissements qui peuvent être imposés sur *un fonds* en faveur *d'un autre fonds* (3); c'est là ce qui caractérise les servitudes : je ne pourrais donc stipuler, *à titre de servitude*, que le propriétaire de tel fonds et ses successeurs

(1) Toullier, n° 578; Pardessus, n° 261; Dur., n° 443 et 552.

(2) *Voy.* toutefois art. 698.

(3) On a eu surtout en vue de supprimer les corvées et autres droits seigneuriaux.

feront, à une certaine époque de l'année, sur mon fonds, tant de journées de travail; car ce serait imposer un service *à la personne :* une pareille stipulation ne produirait qu'une obligation personnelle qui se résoudrait, comme toutes les obligations de ce genre, en dommages-intérêts, en cas d'inexécution (1142) (1). — *Vice versâ*, je ne pourrais stipuler, *comme servitude*, pour moi et mes héritiers, le droit de puiser de l'eau dans votre héritage, *indépendamment des biens que nous posséderons;* car ce serait imposer à un fonds une servitude *en faveur d'une personne :* une pareille stipulation ne serait pas nulle assurément, mais elle ne produirait qu'un droit d'usage, un droit personnel *in rem scriptum :* ce droit s'éteindrait à la mort de mes héritiers.

Déjà nous avons fait observer qu'il est souvent difficile de reconnaître si le droit est stipulé en faveur d'un fonds, ou seulement en faveur d'une personne; il faut alors examiner si, par sa nature, le droit concédé procure une utilité réelle à l'héritage, ou seulement un agrément personnel : le droit est censé accordé au fonds, lorsqu'il ne peut être exercé que par le possesseur de ce fonds;—il est personnel, lorsque l'exercice du droit est indépendant de la possession du fonds (*voy.* 637). Nous donnerons pour exemple le droit de pêche ou de chasse, celui de se promener dans un parc, d'y cueillir des fleurs ou des fruits que le vendeur se serait réservé: ces clauses seraient obligatoires pour les tiers acquéreurs; leurs effets suivraient la chose entre leurs mains (2).

Enfin, la loi veut que les services accordés sur un fonds, en faveur d'un autre fonds, n'aient rien de contraire à l'ordre public ; cette règle est commune à toutes les conventions : je ne pourrais donc stipuler que j'aurai la faculté d'adosser contre le mur de mon voisin un four ou une cheminée sans être tenu de faire les travaux prescrits par les usages ou règlements (994); car ces travaux ont pour but de prévenir les incendies.

687 — Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre.

Celles de la première espèce s'appellent *urbaines*, soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne.

Celles de la seconde espèce se nomment *rurales*.

= Les servitudes sont urbaines ou rurales ;
Continues ou discontinues (688);
Apparentes ou non apparentes (689).

(1) Cependant, une servitude constituée au profit d'un héritage peut être limitée, quant à sa durée, à la vie du possesseur actuel de cet héritage, ou au terme de sa possession. — Les servitudes, en effet, ne sont point perpétuelles par essence, mais seulement par leur nature. — Cass., 7 février 1825, S., 25, 1, 213. (*Voy.* sect. 6.)

(2) Dur., n° 449; Amiens, 2 décembre 1835, Dev., 1836, 2, 198; D. P., 1836, 2, 29.

Les servitudes *urbaines* sont celles qui s'exercent et subsistent par un bâtiment, que ce bâtiment soit situé à la ville ou à la campagne, qu'il soit ou non destiné à être habité : le Code parle des bâtiments en général. Les principales sont : que l'on pourra appuyer des poutres sur le mur du voisin ; qu'on aura des vues sur sa propriété, sans observer la distance prescrite par la loi ; qu'il ne pourra élever son bâtiment au delà de telle hauteur, etc.

Les servitudes *rurales* sont celles qui s'exercent et subsistent par un fonds de terre, que ce fonds soit situé à la ville ou à la campagne : tel est le droit d'aqueduc, de passage, de puisage, etc (1).

688 — Le servitudes sont ou continues ou discontinues.

Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce.

Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables.

= Cette distinction est de la plus haute importance, car les servitudes continues et discontinues ne s'acquièrent pas de la même manière (690).

Nous nous bornerons à faire remarquer ici, pour les *servitudes continues*, qu'il n'y a pas lieu de distinguer si leurs effets sont continuels ou s'ils éprouvent quelque suspension; elles ont ce caractère par cela seul qu'elles s'exercent par elles-mêmes : ainsi, les gouttières qui ne répandent de l'eau sur le fonds assujetti que dans les moments de pluie; la prise d'eau constituée pour en user alternativement de deux années l'une, ne constituent pas moins des servitudes *continues* (2) : la loi exige seulement *que l'usage de la servitude soit ou puisse être continuel;* la *possibilité* d'en user sans avoir besoin du fait *actuel* de l'homme est suffisante (3). — Peu importerait même qu'il existât un obstacle susceptible d'être levé par le fait de l'homme; l'expression : *fait actuel*, ne se réfère pas à la constitution, mais à l'exercice de la servitude : une prise d'eau constituerait une servitude continue, lors même qu'on ne

(1) A Rome, cette distinction avait son utilité (*voy.* les fragments d'Ulpien, t. 19, §§ 1er et 37e) : les servitudes *rurales* et les servitudes *urbaines* étaient soumises à des règles différentes quant à leur acquisition et à leur extinction. — Sous l'empire du Code, cette division est purement doctrinale; il n'existe aucune différence entre les dispositions qui régissent ces sortes de servitudes.— Toutes les fois que la servitude s'exerce par le sol, elle est rurale ; toutes les fois qu'elle s'exerce par un bâtiment, elle est urbaine : ainsi, la servitude de passage par une cour ou un jardin est rurale, lors même qu'elle a pour objet l'exploitation d'un bâtiment; la concession de l'eau qui s'écoule d'un toit est une servitude urbaine, lors même que cette eau serait destinée à l'irrigation d'un jardin ou d'un champ. (Pardessus, nº 51; Toullier, nº 596; Dur., nº 485.)

(2) Dur., nº 492; Pardessus, p. 40; Daviel, nº 912; — Pau, 10 juin 1834, Pal. Dev., 1835, 2, 202; D. P., 1835, 2, 85.

(3) Quelques auteurs appellent ces dernières *quasi-continues*.

pourrait l'exercer qu'en levant une écluse ou une bonde; car, une fois l'écluse levée, l'eau s'écoule naturellement (1).

Par la raison contraire, les droits de passage, de puisage ou de pacage, lors même qu'ils s'annonceraient par des signes extérieurs, tels qu'une porte, un chemin, etc., ne constitueraient pas moins des servitudes *discontinues;* car l'exercice de la servitude consiste alors dans des faits successifs (2).

689 — Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.

Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'un porte, une fenêtre, un aqueduc.

Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir (3) qu'à une hauteur déterminée.

= Cette distinction est de la même importance, quant à l'acquisition du droit par le moyen de la prescription, que celle établie dans l'article précédent.

Lorsque les servitudes sont *apparentes*, leur existence est démontrée par des ouvrages extérieurs; peu importe que les ouvrages se trouvent sur le fonds dominant ou sur le fonds servant; la loi ne distingue pas (4).

Au contraire, l'existence des servitudes *non apparentes* n'est indiquée par aucune marque extérieure.

Les servitudes apparentes et non apparentes peuvent être continues ou discontinues : la prohibition d'élever un mur au delà d'une hauteur déterminée est *continue*, quoique la servitude soit non apparente; — de même, un droit de passage, qui est une servitude discontinue, serait apparent, s'il s'annonçait par des ouvrages extérieurs, et non apparent s'il n'existait aucun ouvrage.

SECTION II.

COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES.

Les servitudes peuvent s'établir de trois manières :

1° Par titre;

(1) Pardessus, n° 28; Dur., n°s 491 et 686, t. 5.

(2) Pardessus, n° 275; Dur., n° 577; Toullier, n°s 622 et 641; Delv., p. 171, n° 4; Solon, n° 314; — Cass., 24 novembre 1835, Pal.; D. P., 35, 1, 442; Dev., 1836, 2, 52; 26 avril 1846, Pal., 1846, 1, 649; 1846, 2, 283; D. P., 35, 1, 442; Grenoble, 3 février 1849, Dal., 1849, 2, 235.

(3) Mauvaise rédaction : la servitude consiste à ne pas bâtir au delà d'une certaine hauteur, et non à bâtir.

(4) Toullier, n° 635; Zach., p. 72.

2° Par prescription :

3° Par la destination du père de famille (*voy.* 692 et suiv. (1).

Toutes les servitudes, en général, peuvent s'établir par titres, qu'elles soient *apparentes* ou *non apparentes*, *continues* ou *discontinues*, *positives* ou *négatives* (690, 695). — Mais toutes ne peuvent pas s'acquérir par prescription ; car pour prescrire il faut une possession *continue* et *publique* : or, les servitudes continues et apparentes sont les seules qui réunissent ces conditions (642).

Il résulte des articles 692 et 693 que les servitudes continues et apparentes sont également les seules qui puissent s'établir par *destination du père de famille.*

Quant à l'art. 694, il ne fait pas exception à ce principe; il ne crée pas un quatrième mode d'établissement des servitudes, comme on l'a prétendu à tort ; il n'étend pas aux servitudes discontinues la puissance de la destination du père de famille : son seul objet est de régler le cas où le propriétaire de deux héritages, dont l'un, avant leur réunion dans sa main, devait un service à l'autre, vient à disposer de l'un d'eux ; il décide que l'existence d'un signe apparent suffit pour le maintien de la servitude, soit activement, soit passivement. (*Voyez* quest.)

Lorsqu'on établit une servitude, on est censé vouloir accorder ce qui est nécessaire pour en user (696), eu égard à sa nature.

Comment s'acquièrent les servitudes continues et apparentes.

690 — Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans.

= *Par titre :* ce mot est employé ici dans une double acception; il exprime la cause translative de propriété, vente, donation, legs, etc., et l'acte, l'écrit qui constate ce fait : toutefois l'acte n'est qu'un moyen de preuve ; à son défaut on peut employer les modes indiqués par les articles 1347, 1356, 1358 et 1360, savoir : la preuve testimoniale, l'aveu le serment.

Par la possession : la loi exige qu'elle soit trentenaire (2); — celle de dix et vingt ans, suffisante pour corroborer l'acquisition de la propriété lorsqu'il y a titre et bonne foi, est-elle admise en matière de servitudes? (*Voy.* quest.)

Pour que la possession puisse conduire à la prescription (*voy.* 2229), il faut :

1° Qu'elle soit non *interrompue :* c'est-à-dire, que le possesseur n'ait été troublé dans sa jouissance par aucun des actes d'où résulte, aux termes des art. 2242 et suiv., l'interruption soit naturelle, soit civile;

(1) Quant au juge, il ne peut créer de servitudes; son pouvoir se borne à reconnaître leur existence.

(2) Il faut même quelque chose de plus que la continuité dont il est parlé art. 2229.

2° Qu'elle soit *continue :* c'est-à-dire, que l'on ait usé de la chose par une série d'actes certains de possession ; quelques faits isolés ne suffiraient pas (1).— La possession subsiste par le seul fait du maintien des choses dans l'état duquel résulte la servitude ;

3° *Paisible :* car la violence ne peut fonder qu'une possession réprouvée par la loi ; la possession utile ne commencerait qu'au moment où on aurait eu la faculté de s'y opposer (2233);

4° *Publique :* c'est-à-dire, assez apparente pour qu'on ne puisse douter qu'elle a été connue de tous, ou du moins de celui à l'héritage duquel on veut imposer la servitude;

5° Non *équivoque :* c'est-à-dire, qu'il ne s'élève aucun doute sur le point de savoir si celui qui l'exerce veut posséder et acquérir pour lui-même ou pour autrui. Exemple : un individu, propriétaire d'un fonds, a pris à ferme un héritage voisin de ce fonds; il a établi une conduite d'eau du fonds affermé à celui qui lui est propre ; cet état de choses s'est prolongé pendant trente ans, sans que le bailleur ait fait aucun acte conservatoire : la possession, dans ce cas, ne produira pas de prescription, car elle a été *équivoque :* en effet, on ne peut savoir si le fermier a usé de cette eau à titre de servitude, ou seulement comme ayant eu le droit de jouir, suivant sa volonté, de tous les accessoires du fonds affermé;

6° A *titre non précaire :* le titre est précaire, toutes les fois qu'on ne possède pas comme propriétaire ; par exemple, un fermier ou un usufruitier ne peuvent prescrire le fonds dont ils ont la jouissance.

Pour établir une servitude par le moyen de la prescription, il n'est pas nécessaire que ce soit le propriétaire du fonds dominant qui l'exerce : toute autre personne qui détiendrait le fonds, par exemple, le fermier, l'usufruitier, et même le possesseur de mauvaise foi, aurait cette faculté ; car c'est le fonds qui acquiert et non la personne.

Il est admis que la prescription court du jour où des ouvrages destinés à l'établissement ou à l'exercice de la servitude ont été terminés (arg. de l'art. 682) : par exemple, s'il s'agit d'une servitude de cours d'eau, du jour où l'on aura terminé les ouvrages destinés à faciliter la chute ou le cours de l'eau ; — s'il s'agit d'une servitude d'égout, du jour où le toit de la maison étant achevé, l'eau des gouttières a pu tomber sur le fonds servant.

Il faut observer que tous les actes ne sont pas susceptibles de fonder une prescription : la loi excepte ceux qui sont de *pure faculté* ou de *simple tolérance* (2232).

Les actes de *pure faculté* sont ceux que l'on est libre d'accomplir; mais aussi que l'on omet, sans que leur omission puisse faire présumer une renonciation : bâtir ou ne pas bâtir sur son terrain est un acte de pure faculté. — De ce que j'ai laissé passer trente années sans me servir de l'eau qui prend naissance dans mon fonds, le propriétaire inférieur ne peut prétendre que j'ai perdu tout droit à cette eau ; car j'étais libre

(1) Pardessus, n° 285.

de ne pas en user. — En pratiquant un puits dans mon fonds, je coupe la veine d'eau qui alimentait le fonds inférieur : mon voisin ne peut se plaindre, car j'ai le droit de faire des travaux sur le terrain qui m'appartient ; le défaut d'exercice de ce droit ne peut faire croire que j'y ai renoncé. — On peut encore donner pour exemple le droit d'acquérir la mitoyenneté d'un mur, ou de se procurer un passage lorsqu'on n'a aucune issue sur la voie publique.

En dernière analyse, ces mots : *actes de pure faculté*, reviennent à dire qu'on ne peut prescrire les servitudes non apparentes : comment, en effet, prescrirait-on une servitude négative, une servitude que rien ne révélerait.

Les actes de *simple tolérance* sont ceux que l'on est libre de défendre, mais aussi que l'on souffre, sans que cela présuppose une renonciation à empêcher : ils s'expliquent par des rapports d'amitié ou de bon voisinage. — En général, ces actes sont relatifs à une jouissance qui constitue des servitudes discontinues : or, les servitudes de cette nature ne peuvent aujourd'hui s'acquérir par prescription (691).

Cependant, ils se rattachent quelquefois à une jouissance susceptible de fonder une servitude continue et apparente : par exemple, l'amitié ou le bon voisinage peut faire tolérer l'ouverture d'une croisée non garnie de fer maillé (676) ; lorsque cet état de choses a duré pendant trente années, la mauvaise foi ne permet pas toujours de distinguer si la jouissance est l'effet d'un droit de servitude ou d'une familiarité : tenons pour principe que l'acte doit être considéré comme l'effet d'une simple tolérance, toutes les fois qu'il n'a pu causer un préjudice tant soit peu considérable ou une grave incommodité.

Au surplus, ne perdons pas de vue que la prescription doit toujours être resserrée dans les bornes les plus étroites, d'après la maxime *Tantùm præscriptum quantùm possessum*, et que c'est toujours à celui qui réclame la servitude à prouver que sa possession a duré assez de temps pour opérer la prescription.

— Lorsque la servitude a été constituée à titre gratuit pour l'usage d'un fonds appartenant à plusieurs, le refus de l'un des donataires doit-il anéantir la disposition ? ∽ La part du renonçant accroît aux acceptants (Pardessus, nº 272).

Peut-on acquérir les servitudes continues et apparentes par la prescription de 10 et 20 ans, quand il y a titre émané *à non domino* (2265) ? ∽ D'une part, on dit que la prescription de 10 et 20 ans, appliquée aux servitudes, serait pleine de dangers pour les propriétaires qui ne cultivent point par eux-mêmes ; car un détenteur à titre précaire pourrait dissimuler la cause de sa possession, et conférer aux tiers des titres qui deviendraient pour eux un moyen de prescrire. — On argumente notamment des termes de l'article 2264, lequel dispose que les règles de la prescription sur des objets autres que ceux mentionnés dans le titre 20, sont expliquées dans les titres qui leur sont propres ; or, un titre spécial est consacré aux servitudes, et l'article 691 porte que les servitudes ne s'établissent que par la possession de 30 ans, évitant même d'employer le mot *prescription*. — Enfin, on se fonde sur l'article 695 ; il semble en effet résulter implicitement de cet article que le titre constitutif d'une servitude ne peut émaner que du propriétaire du

fonds asservi (1). ✓ La jurisprudence, il faut le reconnaître, et des autorités graves se sont prononcées en faveur de ce système. Quoi qu'il en soit, les motifs invoqués peuvent être combattus par de puissantes considérations; une remarque nous frappe tout d'abord : si l'article 691 n'admet pas la prescription de 10 et 20 ans, il ne l'exclut pas; elle subsiste dès lors, puisqu'elle est de droit commun : l'article 2265 parle des immeubles en général; or, l'article 526 déclare les services fonciers immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. — Ajoutons que ce mode de prescription est consacré par la loi, même à l'égard des hypothèques et priviléges qui grèvent le fonds acquis par un tiers de bonne foi (2180). —On oppose la disposition de l'article 2264, disposition qui renvoie aux titres spéciaux pour les cas non prévus dans le titre 20 : mais c'est là juger la question par la question; car il s'agit précisément de savoir si toutes les règles relatives à la prescription, en matière de servitudes sont expliquées au titre des servitudes; s'il faut les compléter par l'article 2264 : cet article ne veut pas dire que les règles générales de la prescription sont inapplicables aux diverses parties du Code; il se borne à maintenir les anomalies qui peuvent se trouver ailleurs.—De ce que l'acquisition par titre ne s'y trouve pas mentionnée, en conclura-t-on que les servitudes ne peuvent s'acquérir ainsi? Dans le système que nous combattons, il faudrait cependant aller jusque-là. — L'article 686, il est vrai, n'a parlé que de la prescription trentenaire; mais on explique ce silence par des raisons historiques : la plupart des coutumes, notamment celle de Paris, rejetaient la prescription en matière de servitude, la possession eût-elle duré 100 ans; les pays de droit écrit, au contraire, admettaient la prescription trentenaire. Les auteurs du Code ont entendu revenir aux principes de la loi romaine. « Ainsi, dit Berlier (exposé des motifs), les servitudes continues et apparentes pourront s'acquérir par la prescription trentenaire; car des actes journaliers et patents, exercés pendant si longtemps, sans aucune réclamation, ont un caractère propre à faire présumer le consentement du propriétaire voisin : *le titre même a pu se perdre; mais la possession reste*, et ses effets ne sauraient être écartés sans injustice. » « On a pensé, dit le tribun Albisson, qu'une possession de vingt ans était suffisante pour acquérir une maison ou un fonds de terre; il n'y a pas de raison de la regarder comme insuffisante pour acquérir, sur cette maison ou sur ce fonds de terre, un droit de servitude dont l'exercice et le signe extérieur de cet exercice auraient duré pendant 30 ans, au vu et su du propriétaire, sans contradiction de sa part; et le droit romain a prévalu.»—Le but unique du législateur a été, comme on le voit, de rétablir la prescription trentenaire en matière de servitudes, et de modifier sous ce rapport les règles coutumières : comment croire qu'il ait voulu se montrer plus rigoureux? Les coutumes de Paris et d'Orléans (2), tout en consacrant la maxime : *Point de servitudes sans titre*, admettaient néanmoins la prescription de 10 et 20 ans, laquelle suppose un titre : est-il vraisemblable que les auteurs du Code aient entendu écarter un mode d'acquérir que ces coutumes autorisaient, alors qu'ils admettaient la prescription non appuyée sur un titre, prescription qu'elles repoussaient? — En parlant de l'usu-

(1) Solon, nos 397 et suiv.; Toullier, nos 630 et suiv.; Pardessus, nos 288, 284 et 306; Malleville sur l'article 661; Favard, vo Serv., sect. 3, § 5, no 2; Zach., t. 2, p. 96; Merlin, vo Serv., no 22; Malleville, Vaz., no 419, t. 1er; 525, t. 2; Mercadé, p. 657; — Orléans, 31 décembre 1836, Dev. 1836, 2, 5, Pal.; Lyon, février 1837, Dev. 1837, 1, 506; Bordeaux, 29 mars 1838, Dev. 1838, 2, 342; D. P., 38, 2, 169; Pal. 38, 2, 331; Cass., 20 décembre 1834, Dev. 35, 1, 24; D. P., 34, 1, 45; Paris, 25 août 1834, Dev. 35, 2, 134; Cass., 10 décembre 1836, Dal., 1837, 1, 26; 28 mars 1837, Dal., 38, 1, 285; Pal., 1837, 1, 500; 13 octobre 1836 et 13 mars 1837, Dev. *ibid.*; Limoges, 14 et 20 février 1838, Dev., *ibid.*; Bordeaux, 7 juillet 1841, Pal. 1842, 2, 552; Aix, 24 décembre 1840, Pal., 1841, 2, 38; Bastia, 5 janvier 1847, Pal., 1847, 1, 338.

(2) Pothier, Introd. à la cout. d'Orléans, no 8.

fruit, la loi garde également le silence sur la prescription de 10 et 20 ans ; et cependant, il est généralement reconnu que ce droit peut s'acquérir ainsi. Sur ce point encore, le Code s'est référé au droit coutumier (Pothier, Prescrip., art. 127, 136 et 139) : or, qui peut le plus doit pouvoir le moins. — Quant au danger que l'on redoute, il n'est pas plus grand, en ce qui touche les servitudes, que lorsqu'il s'agit de la propriété même ou de l'usufruit, surtout si l'on songe que le propriétaire aurait une action en dommages-intérêts contre l'auteur du titre translatif de propriété. — Il ne faut donc voir dans l'article 690 qu'une règle entre le propriétaire du fonds dominant et le propriétaire véritable du fonds servant ; règle inapplicable quand il s'agit de tiers acquéreurs : ces derniers peuvent toujours invoquer le bénéfice des principes généraux, lorsqu'ils n'en sont pas dépouillés par un texte formel.—Au surplus, nul ne conteste que les servitudes continues et apparentes peuvent s'acquérir par prescription, puisque la loi elle-même le déclare ; toute la question est par conséquent de savoir quel est le temps requis pour prescrire : or, l'article 2264 ne fait qu'abréger, en considération de la bonne foi du possesseur, le délai ordinaire ; pourquoi donc le même laps de temps ne suffirait-il pas pour constituer une servitude (1)?

Nous avons vu que les tribunaux ne peuvent créer de servitudes personnelles (*V.* art. 579) : mais pourraient-ils créer des servitudes réelles? ✓ La constitution d'une servitude est une aliénation partielle de la propriété ; dès lors, elle ne peut émaner que de la volonté du propriétaire.— Si une servitude est l'objet d'une contestation, le juge doit se borner à reconnaître le droit préexistant ; si elle résulte du cahier des charges d'un immeuble licité, ou d'un partage fait en justice, cette servitude doit être réputée conventionnelle : et, en effet, il s'agit uniquement, en ce cas, de sanctionner un travail préalable; — il y aurait excès de pouvoir de la part des tribunaux qui, par forme de retour, imposeraient de leur propre autorité, en faveur d'un immeuble tombé dans un lot, une servitude sur un fonds qui n'aurait pas été l'objet du partage, ou même si, dans une procédure en expropriation, il grevait un lot, adjugé purement et simplement, d'une *servitude* au profit d'un autre lot, alors que le cahier des charges n'en ferait pas mention : l'adjudicataire réclamerait à juste titre, car sa situation se trouverait changée (2).

Celui qui a la possession annale et régulière d'une servitude susceptible de s'acquérir par prescription est-il affranchi de l'obligation de prouver au pétitoire, s'il est ensuite attaqué par cette voie, qu'il a acquis le droit par titre ou par prescription? ✓ Cela ne ferait l'objet d'aucun doute s'il s'agissait de la propriété ; pourquoi décider autrement lorsqu'il s'agit d'une servitude. — Vainement dira-t-on que la loi ne fait pas résulter la constitution d'une servitude de la simple possession annale : la servitude est une véritable propriété (Dur., nos 640 et 641).

Destination du père de famille.

On entend ici *par destination du père de famille* l'arrangement fait par le propriétaire de plusieurs héritages, soit pour en faciliter l'exploitation, soit pour en augmenter l'agrément. — Nous donnerons pour exemple le cas où il aurait pratiqué dans le mur d'un bâtiment des jours donnant sur un terrain qui lui appartiendrait.

(1) Vazeille, Prescrip., t. 1er, no 4119, et t. 2, no 523; Troplong, Prescrip., nos 853 et suiv.; Ducaurroy sur l'art. 690; Delv., p. 172, no 3; Dur., no 593.

(2) Pardessus, nos 273 et 274; Chabot, Success., sur l'art. 827; Zach., p. 75.

Cet arrangement, comme de raison, doit être le résultat de signes permanents ; sans cela il ne constituerait qu'une distribution passagère, de pure convenance personnelle, insuffisante dès lors pour créer une servitude (1).

Tant que les deux fonds voisins appartiennent au même propriétaire, les services qu'un héritage tire de l'autre ne sont que des effets de l'exercice du droit de propriété ; mais ces services revêtent le caractère de servitudes au moment où l'un des héritages change de main, soit par donation, soit par aliénation, soit par un partage entre héritiers, soit même par prescription; car ils continuent de subsister, s'il n'a rien été stipulé de contraire : en ce cas, la servitude se trouve établie tacitement (2).

La servitude résultant de la destination du père de famille est fondée sur la convention tacite de laisser les choses dans l'état où elles se trouvent: aussi, la loi déclare-t-elle que cette servitude vaut titre (3), c'est-à-dire, qu'elle produit les mêmes effets que si la servitude était créée par un acte régulier translatif ou déclaratif de propriété.

Lorsque des vues existent par l'effet de la destination du père de famille, le propriétaire du fonds sur lequel ces vues s'exercent ne peut donc ni construire de manière à les rendre inutiles, ni acquérir la mitoyenneté d'un mur qui se trouverait sur la ligne séparative des deux héritages, à l'effet de faire boucher des jours que le père de famille aurait pratiqués dans ce mur.

692 — La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues ou apparentes.

= La loi ne parle que des servitudes continues et apparentes, telles que les vues, les égouts, etc.; des servitudes, en un mot, qui peuvent s'acquérir par prescription : si l'on eût admis la destination du père de famille pour les servitudes non apparentes, il eût été facile de tromper l'acquéreur du fonds asservi, en lui dissimulant cette destination. — Mais nous verrons (art. 694) qu'il y a question pour les servitudes discontinues *apparentes*.

693 — Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.

= Pour établir la destination du père de famille, on doit prouver deux choses :

(1) Vaz., Prescrip., n° 416; Troplong, n° 857; Curasson, Dr. d'usage, n° 219.

(2) Cette maxime : *La destination du père de famille vaut titre*, inconnue dans les pays de droit écrit, a été puisée dans les coutumes de Paris (art. 206) et d'Orléans (art. 218).

(3) La destination du père de famille est étrangère aux servitudes naturelles ou légales; elle ne peut produire que des servitudes conventionnelles.

1° Que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire ;

2° Que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude : il n'y aurait pas destination, si les services avaient été imposés par un usufruitier, par un fermier ou autre détenteur.

Par cette expression : *mises*, la loi semble exiger que les services aient été imposés pendant que les deux fonds se trouvaient entre les mains du même propriétaire; néanmoins, nous ne pensons pas que cette condition soit de rigueur (1). On ne voit pas de raison pour distinguer entre le cas où le père de famille a maintenu les choses dans l'état où elles lui sont parvenues, et celui où il a créé lui-même cet arrangement; ce qu'il importe de rechercher, en pareille matière, c'est moins le fait que l'intention. (Arg. *à fortiori* de l'article 694.)

Comment peut-on établir la preuve de ces deux circonstances? Quelques auteurs (2) pensent que la première doit résulter d'un titre, ou, du moins, qu'il faut, pour entendre des témoins, un commencement de preuve par écrit : L'acquisition par prescription et celle par destination du père de famille, disent-ils, ne se ressemblent point : la prescription résulte d'une série de faits qui s'est prolongée pendant un certain temps; la destination du père de famille donne immédiatement naissance à la servitude ; mais ils admettent la preuve orale pour la deuxième, bien qu'il n'existe point d'écrit. — Nous croyons cette distinction mal fondée : en effet, que s'agit-il de prouver? la possession simultanée des deux fonds par le même propriétaire : or ce fait est, de sa nature, susceptible d'être établi par témoins, même sans commencement de preuve. D'ailleurs, lorsque la loi ne trace pas de règles spéciales, il est de principe que la preuve peut être établie par tous les moyens possibles ; dans l'espèce, elle garde le silence (3).

— L'article 693 parle du propriétaire de *deux* héritages. *Quid* si le propriétaire d'un héritage, qui n'a pas été antérieurement divisé entre plusieurs personnes, établit sur une partie de cet héritage une charge au profit d'une autre partie, et vend cet héritage en plusieurs lots ? ∽ La difficulté naît des termes de l'article 693 : cet article règle le cas où deux héritages se sont trouvés entre les mains du même propriétaire ; nous supposons que l'arrangement a été fait sur un seul héritage qui, depuis, s'est trouvé divisé ; d'où l'on peut conclure qu'il n'y a point lieu d'appliquer les articles 693 et 694. (Cass., 10 mai 1825, Dev. Pal.) ∽ Mais il est évident que par ces mots : *propriétaire de l'héritage*, la loi entend se reporter à l'époque où s'opère la division; d'ailleurs, cet article emploie tour à tour les mots *héritage* et *fonds* comme synonymes : or, dans le langage du droit, on appelle *fonds*, non pas seulement le corps du domaine, mais encore ses parties (l. 34, ff., *de legatis*, § *ult.*) : ce qui fait un fonds, c'est la destination qu'on lui donne (l. 60, ff., *de verb. signif.*). Eh bien! quelle intention plus

(1) Delv. sur l'art. 693; Toullier, nos 686 et 609; Favard, vo Serv., sect. 2, § 4, no 2; Daviel, no 770; Solon, no 283; — Bordeaux, 21 février 1826; S., 26, 2, 275; Paris, 30 janvier 1810; D., Servitudes, nos 67 et 68; Cass., 6 novembre 1828; D., 28, 1, 436.

(2) Pardessus, no 291, et Delv. sur l'art. 693.

(3) Toullier, no 610; Dur., no 574, et Solon, no 383; Zach., § 252, no 6; Merlin, Rép., Serv., § 19, no 4.

formelle de créer plusieurs fonds ou plusieurs héritages distincts, que de diviser en lots divers et d'aliéner par portions l'ensemble du domaine? La destination du propriétaire ne force-t-elle pas à appeler *fonds* la partie démembrée, laquelle devient dès lors un corps certain, tout à fait indépendant par rapport au domaine dont elle est distraite (1)?

Comment s'acquièrent les servitudes discontinues et les servitudes continues non apparentes.

691 — Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par des titres.

La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

= Ces sortes de servitudes ne peuvent s'acquérir par prescription, puisqu'elles ne sont pas susceptibles de possession continue et publique: le propriétaire peut avoir ignoré cette possession; quand même il en aurait eu connaissance, on présumerait qu'il ne l'a tolérée que par familiarité et par rapports de bon voisinage.

La possession même immémoriale ne pourrait les établir.

On appelle possession *immémoriale* celle dont aucun homme vivant n'a vu le commencement : *cujus memoria non exstat.*

Sous notre ancienne jurisprudence, on tenait pour maxime que cette possession *valait titre;* Dumoulin lui-même s'était prononcé en ce sens : ainsi, les faits insuffisants pour fonder la prescription, quand ils se renfermaient dans l'intervalle des trente dernières années, pouvaient être efficacement invoqués lorsqu'ils remontaient à une époque antérieure. Ces décisions étaient évidemment contradictoires; les auteurs du Code ont été logiques en rejetant sur ce point la règle coutumière.

Nonobstant les termes absolus de notre article, il est généralement admis que l'existence des servitudes discontinues et des servitudes continues non apparentes peut être prouvée non-seulement par titres, mais encore par l'aveu judiciaire et par le serment (1356, 1358 et 1360).

Comme la loi ne dispose que pour l'avenir, l'art. 691 veut qu'on ne puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature acquises au moment de la promulgation du titre des servitudes, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

— Selon nous (*V.* p. 899), le possesseur de bonne foi qui a en sa faveur un titre émané *à non domino* peut prescrire les servitudes continues et apparentes;

(1) Merlin, Rép., Serv., § 55, n° 2 *bis.*; Zach., p. 79; — Cass., 13 juin 1814, Dev.; 26 avril 837, Dev. 1837, 1, 916; 24 février 1840, Dev., 1840, 1, 102.

mais que faut-il décider à l'égard des servitudes discontinues ou non apparentes? ∿ La possession n'est pas dénuée de titre, dit Toullier, nos 629 et suivants, lorsqu'elle est fondée sur un contrat d'acquisition émané de celui que l'on croyait propriétaire : un titre émané *à non domino* neutralise la presomption de précarité qui entachait l'exercice de la servitude.—Delvincourt (p. 172, nos 4 et 5; 173, no 3) admet que la prescription peut s'accomplir même par 10 et 20 ans de possession : Puisque l'on pourrait, dit-il, acquérir ainsi l'immeuble entier, à plus forte raison, peut-on acquérir la servitude, qui en est une partie, un démembrement (1). Si le possesseur doit être réputé propriétaire jusqu'à preuve contraire, à plus forte raison doit-il en être ainsi, lorsque la possession est appuyée sur un titre même contesté. ∿ Ces opinions nous paraissent inadmissibles ; le titre a seulement pour objet de corroborer la possession : en réalité, c'est la possession qui fait acquérir ; par conséquent, elle ne peut avoir d'efficacité qu'à l'égard des choses qui sont susceptibles d'être acquises de cette manière, ce qui exclut naturellement les servitudes discontinues et les servitudes continues non apparentes (691). Pour ces sortes de servitudes, la possession n'a pu être que de pure tolérance ; elle n'a pu produire d'effet un seul instant. En pareil cas, la possession, même immémoriale, ne remplacerait pas le titre exigé (2).

Quid si on allègue que la possession a commencé sous le régime coutumier, dans un pays où les servitudes discontinues, apparentes ou non, et les servitudes continues non apparentes, pouvaient s'acquérir par prescription? la prescription pourra-t-elle encore valablement s'accomplir sous l'empire du Code? ∿ Au moment de la promulgation du Code, la possession a perdu les caractères suffisants pour fonder une prescription ; le possesseur avait une simple espérance, et non un droit acquis. (Dur., nos 579 et suiv.; — *cass.*, 9 août 1813 ; D., Servitudes, p. 72 ; 13 août 1810, 10 février 1812.)

Pourrait-on prouver que la possession immémoriale existait, lorsque le Code civil a été promulgué? ∿ Cette preuve était possible lors de la publication du Code ; mais aujourd'hui elle ne pourrait avoir lieu, car tous les anciens de ce temps sont morts ; toutefois, des titres, des procès-verbaux ou des jugements qui en feraient mention feraient foi.

Règles particulières sur la constitution des servitudes.

694 — Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné.

=Cet article n'a pour objet ni d'appliquer aux servitudes *discontinues*, par exception à la règle des articles 692 et 693, la puissance de la destination du père de famille; ni de créer un quatrième mode de constitu-

(1) *Voy.* aussi en ce sens Malleville, p. 141, t. 2; Proudhon, no 209; Favard, vo Serv., sect. 3, § 5, no 2.

(2) Dur., nos 588 et suiv.; Zach., p. 78; Pardessus, no 276; Vaz., Prescrip., no 416 ; Curasson sur Proudhon, no 219.

tion des servitudes : il suppose que l'un des fonds était valablement grevé d'une servitude *non continue* (autrement il y aurait destination du père de famille), mais *discontinue* avant que tous deux se trouvassent réunis entre les mains du même propriétaire, et il déclare que cet état de choses est maintenu lorsque l'un des héritages passe à un autre propriétaire, s'il se manifeste par un signe apparent.

Telle est du moins l'interprétation que nous croyons devoir admettre; mais il importe de connaître les divers systèmes qui se sont élevés.

— Doit-on considérer l'art. 694 comme un développement, comme une application des principes relatifs à la destination du père de famille, ou comme une règle spéciale pour un cas particulier? En d'autres termes, dans le cas prévu par l'article 694, la *continuité* est-elle sous-entendue, ou l'apparence est-elle suffisante? Toute la difficulté vient, on l'entrevoit, de ce que l'expression *continue*, qui se trouve dans l'article 692, n'a pas été reproduite dans l'article 694.

Premier système. — Les articles 692 et 693 sont relatifs au cas de *destination du père de famille* proprement dite; l'article 694 consacre un mode particulier de constitution des servitudes : la *volonté tacite* du propriétaire ou des propriétaires. — Au premier cas, la représentation d'un acte n'est pas rigoureusement nécessaire pour le maintien de la servitude, lorsqu'elle est *continue* et *apparente*; au second cas, la servitude n'est maintenue qu'autant qu'*un acte* (soit de disposition, soit de partage) est produit. — Que les choses aient été mises dans l'état où elles se trouvent par le *même propriétaire* ou par un propriétaire précédent, cela importe peu; la servitude continue d'exister soit en faveur du fonds aliéné, soit en faveur du fonds asservi, par cela seul qu'elle est apparente et qu'il n'a rien été dit dans l'acte de contraire à l'état des choses : ainsi, l'article 694 établit une exception à la règle de l'article 692, exception qui consiste en ce que l'existence d'un signe apparent suffit pour qu'une servitude continue ou discontinue soit constituée par destination du père de famille. — Toutefois, l'article 694 n'est pas applicable indistinctement à tous les cas où un signe apparent de servitude se manifeste; par cela même qu'on invoque la volonté présumée des contractants, il faut reconnaître que la servitude n'existe pas, si les circonstances démontrent que les choses ont été mises dans l'état où elles se trouvent plutôt pour les convenances personnelles du propriétaire, que pour l'usage et l'utilité de l'un des deux fonds : par exemple, le passage établi pour la commodité de deux héritages ne sera pas maintenu; au contraire, celui qui est nécessaire à l'exploitation sera conservé (1).

Ce système nous paraît inadmissible : les deux modes résultent de la même cause, la volonté des parties; que l'intention du disposant soit démontrée par un acte, ou de toute autre manière, peu importe dès lors; ce n'est point à l'acte (*instrumento*) que la loi veut conférer autorité, mais au titre, c'est-à-dire, à la cause de transmission de la propriété.

Second système. — L'article 694 repose sur cette présomption, que les signes ou l'état apparent des lieux ont déterminé le consentement des parties contractantes; par conséquent, il faut prendre en considération la nature de l'acte qui a fait cesser la réunion des deux fonds entre les mains d'un même propriétaire. — Lorsque les fonds, dit Pardessus, nos 289, 291 et 300, dont l'un a été assujetti à l'autre, deviennent, soit par l'effet d'un acte de dernière volonté, soit par le résultat d'un partage, la propriété de plusieurs héritiers, légataires, ou donataires à cause de mort, la destination du père de famille peut être invoquée,

(1) Dur., nos 572 et suiv.; Ducaurroy sur l'art. 694; Paris, 21 avril 1837, Dev., 1837, 1, 917; — Douai, 1er juillet 1837, Dev., 1838, 1, 22; Toulouse, 21 juillet 1836, D., 1836, 2, 178.

pourvu que le service imposé à l'un de ces fonds en faveur de l'autre soit *continu*, et qu'il se manifeste par des signes *apparents :* il suffit, en ce cas, de prouver que les deux fonds actuellement séparés ont appartenu au même propriétaire, et que les choses ont été mises par lui dans l'état duquel résulte la servitude ; c'est le cas de destination du père de famille, hypothèse réglée par les articles 692 et 693. — Mais l'article 694 n'exige pas que l'état des lieux constitue une servitude à la fois continue et apparente ; il se contente du concours de deux circonstances : 1° l'existence, au moment de l'aliénation, d'une servitude simplement apparente ; 2° le silence du propriétaire qui *dispose :* que la servitude ait existé (activement ou passivement) sur l'un des deux fonds avant qu'ils ne se trouvassent réunis entre ses mains, ou que cet état de choses ait été créé par lui, cela importe peu ; l'*acquéreur* a dû naturellement croire que l'immeuble lui était transmis avec tous ses droits et toutes ses charges. L'article 694, entendu ainsi, est en parfaite harmonie avec les articles 1614 et 1638 : le premier porte que la chose vendue doit être livrée dans l'état où elle se trouve ; le deuxième oblige le vendeur à la garantie pour les servitudes *non apparentes*, et par suite le décharge implicitement de toute garantie quand elles sont apparentes (1). — Ainsi, l'établissement de la servitude est le résultat de la volonté réciproque du disposant et de l'acquéreur, l'effet d'une sorte de contrat synallagmatique. — Où voit-on que l'art. 692, si général dans ses expressions, soit restreint au cas unique de partage ? n'est-ce point là créer une distinction arbitraire ? Puisque cet article, on le reconnaît, repose sur la *présomption* juste et légitime que le fonds a été transmis dans l'état où il se trouvait, avec tous ses droits et toutes ses charges, à quoi bon rechercher quelle est la nature du titre ? la bonne foi n'est pas plus exclue du partage que des contrats : l'existence d'un droit de passage, par exemple, fixe-t-elle moins l'attention des copartageants, quand il s'agit d'un bien indivis, que celle de l'acquéreur, quand il s'agit d'une vente ou d'une donation ? Cette opinion est repoussée, d'ailleurs, par la loi 23, § 3, ff., de serv. præd. rust.

Troisième système. — La condition de continuité se trouve sous-entendue dans l'art. 694 : cet article n'est qu'une application du principe général de l'article 692, faite au cas où le propriétaire dispose ; s'il en était autrement, l'apparence et la continuité des servitudes ne seraient plus nécessaires que pour le cas où les biens, à défaut de testament, seraient partagés entre les héritiers ou les copropriétaires ; en sorte que l'exception se trouverait plus étendue que la règle, puisqu'elle comprendrait tous les modes d'aliénation, vente, échange, transaction, donation ou testament (2). — On répond avec raison que, dans ce système, l'article 694 deviendrait tout à fait inutile ; car il n'ajouterait rien à l'article 693 : cet article ne serait plus qu'une vaine redondance ; or, on ne doit pas supposer dans la loi de disposition inutile. D'ailleurs, en décidant, pour concilier l'article 692 avec l'article 694, que le mot *continue* est sous-entendu, on tombe dans une véritable confusion : l'article 692 parle de la servitude en elle-même, de son caractère ; l'article 694 parle du *signe* de la servitude, ce qui est bien différent. La servitude peut être discontinue, bien qu'elle se révèle par un signe extérieur : ainsi, une porte, un chemin, sont des indices *apparents* d'une servitude *discontinue*. — Il va de soi que ce signe doit être continu ; sans cela on ne pourrait le considérer comme un indice de servitude ; c'est là une condition *sine quâ non* de sa toute-puissance.

Quatrième système, celui que nous admettons. — On lit ce qui suit dans le rapport

(1) Merlin, Serv., § 19, nos 2 et 3; *voyez* aussi Solon, no 389; — Bordeaux, 21 février 1826; Toulouse, 6 janvier 1844, Pal., 1844, 2, 217.

(2) Malleville sur l'article 694; Toullier, nos 612 et suiv.; Delv., p. 101, no 6; Favard Serv., sect. 3, § 4, no 3; — Paris, 11 avril 1838.

au tribunat par le tribun Albisson : « Le propriétaire de deux héritages dont l'un, *avant leur réunion dans sa main*, devait un service à l'autre, vient à disposer de l'un ou de l'autre sans qu'il soit fait aucune mention de servitude dans l'acte d'aliénation : la servitude active ou passive continue-t-elle d'exister? On pouvait opposer, et on opposait en effet, que toute servitude étant éteinte lorsque le fonds à qui elle est due et celui qui la doit sont réunis dans la même main (705), il était indispensable, pour la conservation de la servitude, qu'elle eût été réservée expressément dans l'acte d'aliénation ; mais on ne prévoyait pas le cas où, la chose parlant d'elle-même, la réservation ne devenait plus nécessaire, et c'est ce cas que le projet prévoit très-sagement. Dans l'espèce supposée, si la chose parle d'elle-même, c'est-à-dire, comme s'explique le projet, s'il existe entre les deux héritages un signe apparent de servitude, le silence des contractants n'empêchera pas qu'elle ne continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné. » — Ainsi, dans la pensée du législateur, l'article 694 n'est pas relatif au cas où l'état des choses a été *créé* par le propriétaire pendant que les deux héritages se trouvaient entre ses mains : il suppose que cet état subsistait avant que la réunion s'opérât et qu'il a été *maintenu*. — En droit romain, la servitude éteinte par confusion ne pouvait revivre que par l'effet d'une *stipulation* ou d'une *réserve expresse* (ff. *comm. præd.*, l. 10, *quidquid ;* voyez aussi art. 215 cout. de Paris, 228 de la cout. d'Orléans, 620 cout. de Normandie). — Suivant les auteurs du Code, toute stipulation ou réserve est inutile quand il existe un signe apparent de la servitude, *la chose parlant d'elle-même*. La loi n'organise pas, dans l'article 694, l'établissement d'une servitude ; cela nous explique la cause du silence qu'elle garde sur la *continuité* : elle ne pouvait exiger cette condition, puisqu'il ne s'agit pas d'établir une servitude nouvelle, mais de rendre la vie à celle qui, en perdant son caractère par l'effet de la confusion, n'a pas cessé d'exister de fait (1).—Ce système a été consacré par un grand nombre d'arrêts; il nous paraît conforme à l'esprit de la loi ; toutefois, nous croyons devoir le compléter par quelques observations de M. Troplong, rapporteur dans une affaire sur laquelle la cour de cassation a statué. Elles nous paraissent jeter une vive lumière sur la question ; nous ne pouvons mieux faire que de les reproduire littéralement : « Le Code civil aussi, a dit ce jurisconsulte, s'est occupé de cette question si controversée, si obscure avant lui, de la continuation de plein droit des servitudes sur les héritages divisés : c'est l'objet de l'article 694. Remarquons d'abord ces mots : *la servitude continue d'exister*. Pour savoir si la servitude *continuera* à l'égard des nouveaux propriétaires, il faut donc voir si, avant la mutation de propriété, elle avait une existence légale. Il est vrai que, suivant la subtilité du droit, il ne pouvait pas y avoir de servitude existant réellement avant la division, puisque les héritages étaient réunis dans la même main, et que *res sua nemine servit* ; mais, s'il n'y avait pas de servitudes. Il y avait des services d'héritage à héritage, et ce sont ces services qui deviennent servitudes au moment du démembrement. Eh bien ! quelle a été l'origine de la servitude qu'on prétend continuer de plein droit? a-t-elle été légalement constituée? Voilà la première question qui se présente à l'esprit, et, pour la résoudre, il semble qu'il ne faille que se référer au droit commun et consulter les principes généraux tracés par les articles 690 et suivants : ainsi, par exemple, s'agit-il d'une servitude appa-

(1) Zach., p. 87; Demante, Thémis;— Lyon, 11 juin 1831, Dev., 1832, 2. 123; Cass., 16 février 1832; Toulouse, 21 juillet 1836, Pal., 1837, 1, 94; Dev., 1837, 2, 155; D. P., 36, 2, 178; Caen, 15 novembre 1836, Pal., 1837, 1, 583; D. P., 37 2, 140; Dev., 37, 2, 187; Cass., 26 avril 1837, Dev., 1837, 1, 916; Pal., 1837, 1, 504; D. P., 37, 1. 385; Douai, 1er juillet 1837, Pal., 1838, 1, 185; Dev., 1838, 2, 22; D. P., 1838, 2, 55; Limoges, 4 août 1840, Dev., 1841, 2, 99; D. P., 41, 2, 89.

rente, mais discontinue ? si on ne trouve sa source que dans la destination du père de famille, elle ne continuera pas après le partage ou après la vente ; *car elle n'a jamais été une vraie servitude* ; *elle n'a été qu'un service précaire* dans la pensée du père de famille, qui ne peut constituer, par sa seule disposition, que des servitudes apparentes et continues (692-693) ; mais, au contraire, cette servitude discontinue resulte-t-elle de titres positifs, parce que, par exemple, lorsque le propriétaire a acheté l'héritage et l'a réuni à un autre domaine contigu, il avait pris soin de stipuler un droit de servitude en sa faveur ? alors, si la servitude s'annonce par des ouvrages visibles, apparents, elle se continuera entre les mains du nouvel acquéreur, encore bien que le titre n'en fasse pas mention ; c'est en quoi l'article 694 a fait innovation (et une innovation sage et heureuse) sur l'ancienne jurisprudence, et notamment sur la coutume de Paris. — En adoptant cette manière de voir, on ne s'étonnera pas de ne pas trouver dans l'article 694 le mot *continue*, et dès lors on ne verra aucune opposition entre l'article 692 et l'article 694 : l'article 694 n'a pas entendu se référer seulement aux servitudes apparentes et continues; il protége toutes les servitudes quelconques, même les servitudes discontinues; mais cela sous deux conditions, l'une expresse, l'autre tacite ; savoir : 1o que la servitude discontinue se révèlera par des ouvrages apparents ; 2o qu'elle rattachera son existence à une origine légale.—S'il eût employé quelques expressions qui eussent dénoté de ne maintenir que les servitudes continues et apparentes, il eût commis une injustice; car la servitude discontinue peut avoir été *créée par le titre de la réunion* des deux héritages dans la même main, et, dès lors, elle est tout aussi respectable, tout aussi sacrée que la servitude apparente et continue. L'acquéreur qui a vu les signes apparents de son existence est d'autant moins fondé à prétexter cause d'ignorance, qu'il a pu voir la constitution originaire de la servitude dans les titres anciens. » — Au résumé, on ne suppose pas, dans l'article 694, que l'état des choses a été créé par le disposant, mais qu'il existait avant que les deux fonds se trouvassent réunis entre ses mains ; il ne s'agit pas de créer une servitude nouvelle, mais de rétablir comme servitude une charge qui, en perdant momentanément le caractère de servitude, n'a pas cessé d'exister de fait ; par conséquent, il faut rechercher si cette charge, dans l'origine, a été valablement constituée. Toute autre interprétation tendrait à introduire un mode d'établissement de servitude contraire aux principes fondamentaux consacrés par les articles 690 et suivants. Il est dans l'esprit de la loi de restreindre les servitudes, et non de les étendre (1).

Le signe apparent doit-il nécessairement consister dans un ouvrage d'art ? Il suffit que le signe existe. (*Bourges*, 13 décembre 1825, D., 26. 2, 169.)

695—Le titre (2) constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif (3) de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi.

= Il existe, comme nous l'avons vu, certaines servitudes qui ne peuvent s'établir que par titre : celui qui en réclame l'exercice doit donc produire l'acte qui les a créées, ou un titre récognitif.

Pour que ce dernier titre puisse remplacer le titre constitutif, il faut qu'il soit émané du propriétaire du fonds asservi : il est évident, en

(1) Cass., 24 février 1840, Dev., 1840, 1, 99; Pal., 1841, 1, 435; Bordeaux, 6 avril 1842, Pal., 1842, 2, 104; Cass., 8 juin 1842, Pal., 1842, 1, 766; 17 novembre 1847, Pal., 1847, 2 654.

(2) Le mot *titre* n'a pas ici le même sens que dans l'art. 690, il signifie *écrit*.

(3) On nomme titre *récognitif* l'acte dans lequel on reconnaît l'existence du titre constitutif.

effet, qu'un acte récognitif passé entre des tiers ne pourrait grever d'une servitude le fonds de celui qui n'aurait point souscrit cet acte. — Exemple : un individu vend un héritage; dans le contrat, il est déclaré que cet héritage jouit d'une servitude sur le fonds voisin : cette énonciation ne produira aucun effet, puisqu'elle ne sera pas émanée du propriétaire du fonds asservi.

Malgré le silence du Code, il est hors de doute qu'un jugement qui serait passé en force de chose jugée remplacerait, comme le titre récognitif, le titre primordial : *res judicata pro veritate habetur*. — Ainsi, le propriétaire du fonds dominant peut former une action en déclaration de servitude (1).

Nous avons admis, nonobstant les termes généraux de l'article 695, qu'à défaut de preuve littérale, on peut, en toute circonstance, provoquer un aveu judiciaire et déférer le serment. — Nous pensons même que l'existence d'une servitude peut être établie par témoins, lorsqu'on représente un commencement de preuve par écrit. (*V.* art. 691, p. 904.)

— La disposition de l'art. 695 semble restreinte aux servitudes qui ne peuvent s'acquérir que par titre : conclurons-nous de là que le titre récognitif soit sans utilité lorsqu'il s'agit de servitudes qui peuvent se prescrire? ∽ Le législateur a seulement voulu faire entendre, dans l'article 695, que l'utilité du titre récognitif se fait sentir surtout lorsqu'il s'agit de servitudes qui ne peuvent s'acquérir que par titres, et qu'à l'égard des servitudes continues et apparentes, le titre peut être remplacé par l'usucapion. — Il vaut mieux avoir la preuve du droit que l'éventualité de la prescription. (Dur., nº 565.)

L'acte récognitif d'une servitude doit-il être rédigé dans la forme prescrite par l'article 1337? ∽ L'article 1337 n'est relatif qu'aux engagements personnels; la nécessité de relater spécialement, dans l'acte récognitif de ces engagements, la teneur du titre primordial est manifeste; car le créancier peut craindre que le débiteur ne fasse disparaître les quittances et n'oppose ensuite la prescription; ce dernier, de son côté, aurait à craindre qu'un semblable titre ne procurât au créancier, s'il était de mauvaise foi, le moyen de prétendre à des droits que ne lui concéderait point le titre primordial. Ces dangers ne se présentent pas quand il s'agit de droits réels, car il suffit d'en user pour éviter la prescription : une simple reconnaissance doit suffire, dès lors, pour les constituer; la seule déclaration du propriétaire de l'héritage grevé, faite dans un acte quelconque, est un aveu écrit qui, d'après l'article 1350, établit une preuve incontestable (2).

696 — Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user.

Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage.

= Une servitude peut donc s'établir comme accessoire d'une autre : par exemple, la servitude principale, celle de puiser de l'eau, comprend la servitude accessoire, celle de passage.

(1) Favard, Rép., Serv., sect. 3, § 5, nº 4; Zach., p. 79. *Voy.* cep. Toullier, t. 3, nº 627.

(2) Pardessus, nº 269; Zach., p. 75; Curasson, Comp. des juges de paix, t. 2, p. 319; Solon, nº 369; Delv., p. 172, nº 8; — Cass., 16 novembre 1829, 2 mars 1836, Dev., 1836, 1, 247; D. P., 36, 1, 352.

Mais le propriétaire qui acquiert par prescription le droit principal, acquiert-il également le droit accessoire? On doit se prononcer pour l'affirmative, lorsque les deux droits sont inséparables, lorsqu'ils sont tellement unis, qu'on ne peut user de l'un sans user de l'autre (comme dans le cas prévu par le 2e alinéa de notre article). — Mais nous déciderons autrement, lorsque les deux droits ont été accordés soit par des titres séparés, soit par le même titre, mais d'une manière expresse et distincte : en ce cas, l'usucapion de l'un n'entraîne pas celle de l'autre. — On doit alors strictement appliquer la maxime *Tantùm possessum quantùm præscriptum.*

SECTION III.

DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS AUQUEL LA SERVITUDE EST DUE.

L'effet des servitudes établies par la volonté de l'homme est de créer entre le propriétaire du fonds dominant et celui du fonds servant, des rapports particuliers qui augmentent ou modifient ceux qui résultent du simple voisinage, et qui produisent des droits en faveur de l'un et des obligations corrélatives de la part de l'autre : ces droits et ces obligations sont plus ou moins étendus, suivant qu'ils résultent d'un titre constitutif, ou qu'ils sont acquis par prescription.

Dans le premier cas, la commune intention des parties doit seule être considérée ; — lorsqu'il y a doute, on prononce en faveur de la liberté, et par conséquent on restreint la servitude. — *Voyez*, au surplus, les règles établies art. 1156 et suiv., relatives à l'interprétation des conventions (Pardessus, nos 237 et suiv.).

Dans le deuxième cas, on n'a égard qu'à la seule possession, suivant la maxime *Tantùm præscriptum quantùm possessum.*

Quant à la destination du père de famille, elle vaut titre ; mais la nature des choses doit faire décider que ses effets se bornent aux droits qui sont une conséquence nécessaire de l'état des lieux.

La servitude peut s'exercer dans toute l'étendue que comporte sa nature, suivant l'usage du pays, mais dans les limites qu'exige l'utilité de l'héritage, eu égard à l'état matériel dans lequel il se trouvait lors de la concession du droit : que cet héritage ait passé ensuite en tout ou en partie dans plusieurs mains, peu importe; cette circonstance ne doit pas aggraver la position du fonds servant.

Le propriétaire du fonds dominant peut faire sur l'héritage servant tous les travaux nécessaires à l'exercice ou à la conservation de son droit : ces travaux, comme de raison, sont à ses frais, sauf toute stipulation contraire.

Tout ce que l'on peut dire sur le mode d'exercice des servitudes se réduit aux deux règles suivantes : concilier l'intérêt de l'héritage qui jouit de la servitude, avec la moindre incommodité de l'héritage assujetti ; dans le doute, être favorable à l'héritage asservi (Pardessus, n° 12).

Les servitudes donnent lieu, comme l'usufruit, à l'action pétitoire et aux actions possessoires (23 Pr.).

697 — Celui auquel est due une servitude a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver.

= Cet article n'est qu'une application du principe établi par l'article 696 : la servitude serait inutile, si l'on refusait à l'acquéreur le droit de faire les travaux nécessaires pour en user et pour la conserver, soit que cette servitude résultât d'un titre, soit qu'elle résultât de la prescription.

Si donc il s'agit de réparer un aqueduc, le propriétaire dominant peut conduire les ouvriers sur le fonds asservi, y déposer des matériaux, etc.; mais à charge par lui, dans tous les cas, de réparer le dommage qu'il aura causé. (Pardessus, n° 57; Bordeaux, 25 mai 1830).

S'il s'agit d'un droit de passage, il peut aplanir le terrain, pratiquer un chemin, etc.; en un mot, faire toute espèce de travaux nécessaires pour l'exercice de son droit, sauf toutes stipulations contraires (Pardessus, n° 55). — Hors ce cas exceptionnel, le propriétaire du fonds grevé ne peut se refuser à laisser exécuter les ouvrages, quand même il éprouverait quelque dommage. Toutefois, on doit prendre toutes les mesures préliminaires propres à lui occasionner le moins d'incommodité possible (Pardessus, n° 37).

698 — Ces ouvrages sont à ses frais et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire.

= Les servitudes ne consistent pas à faire, mais à souffrir ou à ne pas faire.

Néanmoins, les parties peuvent, soit par le titre constitutif, soit par un acte postérieur, modifier ce principe, et mettre à la charge du propriétaire du fonds servant tous les travaux nécessaires pour assurer l'exercice de la servitude.

Les Romains avaient fait exception pour la servitude *oneris ferendi* (l. 6, § 2, ff. si serv. vend); le Code étend cette disposition exceptionnelle à toutes les servitudes : il suffit que le titre s'exprime formellement à cet égard.

Remarquons toutefois que l'obligation est imposée au fonds lui-même, et non à la personne qui consent la servitude ; que, si elle ne constitue pas un démembrement de la propriété, un *jus in re*, on doit du moins la considérer comme un *jus in rem*, comme un accessoire de la servitude, comme un droit dont le fonds est non l'objet, mais le sujet passif; il faut, en un mot, appliquer, dans le cas prévu, ce que Neguzantius disait de l'hypothèque : *Per illam obligatur non persona sed res*, et *sequitur fundum*, et *datur contra personam*.

Ce principe est cependant contesté : on soutient, d'une part, que les

charges réelles ne peuvent dériver que des servitudes et des hypothèques; — d'autre part, que l'obligation n'est pas *in rem scripta*, puisqu'elle ne consiste ni dans un service à rendre par la chose assujettie, ni dans un usage auquel cette chose serait affectée : de là on conclut que l'obligation reste personnelle à celui qui la contracte, et qu'elle ne passe point, comme la servitude, aux possesseurs de l'héritage servant (Zach., p. 81).

Un seul argument, tiré des termes de l'art. 699, suffira pour faire crouler ce système : cet article reconnaît au propriétaire qui a contracté l'obligation, le droit de s'en affranchir par l'abandon du fonds; donc il est seulement tenu comme détenteur, donc l'action ne peut être que réelle : une pareille charge, dit Pardessus, n° 67, une fois régulièrement imposée, revêt le caractère de servitudes (1), autant, bien entendu, que la nature des choses le comporte. L'hypothèque ne consiste pas non plus dans un service à rendre, et cependant on reconnaît que le droit est *in rem* : il est donc évident que l'obligation est imposée au fonds, puisqu'elle doit passer à tout acquéreur de ce fonds.

A s'en tenir aux termes de l'art. 698, on pourrait croire que l'obligation n'existe qu'autant qu'elle résulte des termes formels de l'acte; néanmoins, il est difficile de ne pas attacher cet effet à l'intention manifestée même tacitement par les parties : ainsi, la servitude *oneris ferendi* avait en droit romain, et doit encore avoir pour effet aujourd'hui d'imposer au propriétaire du fonds servant la charge de l'entretien du mur, nonobstant le silence du titre constitutif à cet égard. — L'interprétation de l'acte peut également démontrer que le propriétaire supérieur a pris sur lui la charge de retenir ou de détourner les eaux qui s'écoulaient sur le fonds inférieur, et de faire tous les travaux nécessaires pour atteindre ce résultat. — Il s'agit, en un mot, d'une question de fait et d'intention ; le juge doit statuer eu égard aux circonstances (Pardessus, n° 67).

Gardons-nous également de croire que la charge d'entretien ne puisse être valablement insérée dans un titre postérieur à celui qui confère la servitude : les termes de la loi sont évidemment démonstratifs ; s'il en était autrement, il faudrait décider que l'art. 698 ne peut recevoir d'application en matière de servitude légale, ce qu'on ne saurait admettre : nul doute, par exemple, que le propriétaire voisin d'un fonds enclavé ne puisse valablement s'imposer l'obligation de tenir en état le lieu par lequel s'exerce le passage forcé; les mots : à moins que *le titre d'établissement de la servitude*, etc., se réfèrent au cas le plus fréquent.

Il nous reste deux remarques à faire pour terminer nos observations sur cet article :

1° L'obligation contractée par le propriétaire du fonds assujetti, de faire les travaux nécessaires pour l'exercice de la servitude, doit s'entendre uniquement de ceux que nécessite l'usage ordinaire ou la force

(1) Delv., p. 173, n° 5; Dur., n° 615; Pardessus, n° 67.

majeure : sans aucun doute, le propriétaire du fonds dominant supporterait les réparations qui seraient occasionnées par son fait ou par sa faute : tel serait le cas où il aurait surchargé le mur ; loin de pouvoir actionner, en ce cas, le propriétaire du fonds servant, il serait passible de dommages-intérêts ;

2° L'obligation dont il s'agit étant une exception aux principes généraux en matière de servitude, il faut interpréter *stricto sensu* la clause qui la constitue : par exemple, celui qui s'est obligé à réparer un mur n'est tenu ni de le reconstruire s'il est tombé de vétusté ou par force majeure, ni d'étayer les bâtiments du voisin adossés contre ce mur ; bien plus, on décide que l'obligation de reconstruire se borne à la *reconstruction*, et que le propriétaire du fonds dominant supporte les frais de *démolition* (Pardessus, nos 67 et 69; Delv., p. 173, no 5).

— L'art. 698 suppose que la servitude est établie par *titre : quid*, si elle a été acquise par prescription ? ∽ Les servitudes ainsi acquises ne peuvent consister qu'à souffrir ou à ne pas faire ; elles ne comprennent pas d'obligation accessoire. (*Voyez* art. 630 et 691).

Quid, si elle a été constituée par destination du père de famille ? ∽ Même observation : la servitude, en ce cas, ne résulte que de l'état des lieux.

699 — Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

= L'obligation n'est pas attachée à la personne, mais au fonds (*voyez* art. 656).

— Le propriétaire du fonds servant qui veut s'affranchir d'une servitude est-il tenu d'abandonner le fonds en totalité ? ∽ Une controverse s'est élevée sur cette question : au fond, tous les auteurs nous paraissent d'accord ; seulement ils ne s'entendent pas sur les mots. — Le bon sens nous indique d'abord que pour une servitude qui peut valoir, par exemple, 500 fr., le propriétaire du fonds servant ne saurait être tenu d'abandonner une propriété, par exemple, de 100,000 fr. Nul ne va jusque-là ; cette interprétation rigoureuse serait déraisonnable ; d'ailleurs, l'article 699 deviendrait illusoire, car on n'userait jamais de la faculté d'abandon. Il est évident que le législateur a seulement voulu parler de la *partie du fonds* sur laquelle s'exerce le droit de servitude, la seule qui soit affectée de charge réelle ; c'est là, véritablement, ce qu'il a entendu par fonds assujetti : que l'on suppose, par exemple, un droit de passage : les parties doivent déterminer un lieu pour l'exercice de la servitude ; mais, ce lieu une fois fixé, le propriétaire du fonds dominant a épuisé son droit ; il n'est plus libre de choisir un autre lieu ; toutes les autres parties de l'héritage se trouvent affranchies ; par conséquent, en abandonnant le terrain affecté de cette charge réelle, il abandonne le fonds assujetti. —Lorsqu'il s'agit de la servitude *oneris ferendi*, c'est la partie du mur soumise à cette charge qu'il faut abandonner ;—pour que l'on fût tenu d'abandonner le fonds, il faudrait que ce fonds fût affecté en totalité, ce qui a lieu lorsqu'il s'agit d'un

droit de puisage ou d'un droit de pâturage sur un pré ; c'est alors la source, la fontaine ou le pré qu'il faut abandonner en totalité, puisque la chose est soumise à la servitude dans toutes ses parties.—Tel est le sens naturel et légal de notre article, celui, du reste, qui nous semble résulter des termes mêmes de l'article 701, ainsi conçu : « Le *propriétaire du fonds* débiteur..... dans un endroit différent de *celui où il a été primitivement assigné*. » — Au résumé, tout dépend, comme on le voit, d'une interprétation de volonté ; il appartient aux magistrats de juger, eu égard à la nature des servitudes et aux circonstances, si les offres de celui qui veut s'affranchir désintéressent le propriétaire du fonds dominant (1).

700 — Si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée.

Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit.

= Cette disposition est fondée sur le principe que la servitude établie au profit d'un fonds, sans aucune limitation, est due à toutes les parties de ce fonds.

Si donc un héritage qui précédemment appartenait à un seul vient à être divisé, chacun des propriétaires pourra user de la servitude pour les besoins de sa portion, mais sans que la position du fonds assujetti puisse en être aggravée.

On considère l'état matériel du fonds dominant lors de la constitution de la servitude, sans avoir égard au nombre de personnes qui le possédaient à cette époque ou qui en ont eu la possession depuis ; car c'est au fonds que la servitude est accordée, et non aux individus personnellement.

Le Code nous donne pour exemple de l'application de cette règle, un droit de passage sur une propriété voisine : les divers possesseurs du fonds dominant doivent se contenter d'un seul chemin (Pardessus, n° 63). Si le passage n'a été accordé que pour certaines époques de l'année, ou pour un but déterminé, on ne peut passer ni dans un autre temps ni dans un autre but.—Nous réservons, au surplus, l'effet des stipulations particulières ; rien ne s'opposerait, par exemple, à ce que le nombre de personnes qui jouiront de ce droit fût limité par le titre constitutif.—Si la servitude consistait non dans un fait indivisible, comme le passage, mais dans un fait susceptible de division ; par exemple, s'il s'agissait d'une prise d'eau ou de sable, les divers propriétaires devraient se distribuer entre eux cette eau ou le sable extrait, mais sans pouvoir en exiger une quantité plus considérable que celle que l'on employait avant la division du fonds ; autrement, la servitude serait aggravée.

(1) Pardessus, nos 69 et 516, Delv., p. 173, n° 6 ; Dur., n° 615, Toullier, n° 680 ; Malleville sur l'art. 698, Marcadé, Solon, n° 476, Zach., p. 82. *Voy.* cep. Delv. sur l'art. 599.

Nous supposons que le mode et l'étendue de la servitude ont été déterminés ; si le titre gardait le silence à cet égard, la servitude serait due à la totalité du fonds, et par conséquent à tous ceux qui l'habiteraient, quand même le besoin d'eau ou de sable se trouverait augmenté par l'effet de la division du fonds dominant.

Si la servitude n'avait été constituée qu'au profit d'une partie du fonds, celui des copartageants dans le lot duquel serait tombée cette partie pourrait seul exercer la servitude.

Si c'est le fonds *servant* qui se trouve divisé, par exemple, si le propriétaire est mort laissant plusieurs héritiers, la servitude est due en entier par chacun d'eux, bien entendu, lorsqu'elle doit produire son effet sur la totalité du fonds; ce qui a lieu quand il s'agit des servitudes *altius non tollendi*, *luminum*, *prospectus*, etc.—Si la servitude est telle qu'elle ne puisse s'exercer que sur une partie du fonds, par exemple, quand elle consiste dans un droit de passage, la portion affectée à ce droit reste seule grevée de servitude, sauf les arrangements des copartageants entre eux.

Ce sont là, au surplus, des questions d'intention; le juge appelé à prononcer doit peser les termes de l'acte, s'il en est produit un, et avoir égard aux circonstances.

701 — Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode.

Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée.

Mais cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser.

= En principe, lorsque le lieu soumis à l'exercice de la servitude a été déterminé, cette assignation ne peut être changée sans le consentement du propriétaire du fonds dominant (1).

Néanmoins, comme les servitudes dérogent à la liberté naturelle, et, d'ailleurs, comme l'équité veut que nous soyons utiles à autrui toutes les fois qu'il n'en résulte pour nous aucun préjudice, il est permis au propriétaire du fonds servant (que la servitude soit conventionnelle ou légale, ou qu'elle dérive de la situation des lieux), lorsque l'assignation primitive est devenue plus onéreuse, d'offrir au propriétaire de l'autre

(1) Montpellier, 23 juillet 1846, Dal., 1847, 2, 70; Pal., 1847, 1, 651; — Pau, 9 février 1835, D. P., 1835, 2, 177.

fonds un lieu aussi commode pour l'exercice de son droit ; par exemple, une direction nouvelle pour l'exercice du passage, une autre carrière pour l'extraction du sable, un autre emplacement pour l'abreuvage des bestiaux ou pour le puisage : c'est au demandeur, bien entendu, à prouver la nécessité ou l'utilité de ce changement.

Le débiteur de la servitude pourrait en demander le déplacement, lors même qu'il aurait renoncé à cette faculté dans l'acte constitutif; car elle est fondée sur une cause d'ordre public (1).

Mais, nous le répétons, il ne suffit pas que le propriétaire du fonds grevé de servitude ait un intérêt bien prouvé à changer l'assignation primitive ; il faut de plus qu'il offre au propriétaire de l'autre fonds un lieu aussi commode. Exemple : j'ai le droit de passer par une allée couverte; le propriétaire du fonds servant m'offre un passage à travers une cour et à découvert; je puis me refuser au changement.

En cas de contestation, le tribunal prononce après avoir pris l'avis d'experts nommés à cet effet.

Dans le doute, il doit se décider en faveur du fonds servant.

Si la loi statue ainsi lorsque le mode d'exercice de la servitude est déterminé par un titre ou par la possession, à plus forte raison doit-on prononcer de même lorsqu'il y a incertitude sur la manière d'en user : il faut alors restreindre la servitude à ce qui est rigoureusement nécessaire pour les besoins du fonds, et diminuer, autant que possible, l'incommodité qu'elle peut occasionner : par exemple, si le droit de puiser de l'eau est accordé indéfiniment sans détermination d'heure, ou si le passage est accordé sur un lieu destiné à être clos, on ne doit user du droit qu'à des heures convenables.

Observons que la faculté de demander le changement de l'assiette primitive d'une servitude n'est ouverte qu'au propriétaire du fonds servant, et qu'elle n'est pas étendue au propriétaire du fonds dominant (2).

Mais il est hors de doute que le déplacement ne doit s'opérer qu'autant qu'il n'en résulte aucun préjudice pour ce dernier; décider le contraire, ce serait porter atteinte à des droits acquis.

On a jugé que, pour apprécier ce préjudice, il faut considérer l'état où se trouvait le fonds lors de l'établissement de la servitude, sans avoir égard aux innovations opérées ou projetées depuis cette époque (3) : mais n'est-ce point là méconnaître la faculté que l'un et l'autre copropriétaires conservent d'améliorer leurs héritages, et le quasi-contrat qui s'est formé entre eux à cet égard? Il s'agit ici d'une pure question de convenance, ou plutôt d'innocuité réciproque ; par conséquent, il faut uniquement considérer les circonstances, le temps et les lieux.

702 — De son côté, celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le

(1) Pau, 9 février 1835, Dev., 1835, 2, 460; D. P., 35, 2, 177; Pal.
(2) Cass., 16 mai 1838, Dev., 1838, 1, 570; D. P., 38, 1, 244; Pal., 38, 1, 669.
(3) Dur., n° 622; Solon, n° 472; Toullier, n°s 649 et suiv.; Pau, *ibid.*

fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier.

= L'exercice et l'étendue du droit de servitude se règlent par le titre qui le constitue, ou, ce qui revient au même, par la destination du père de famille; et, dans le silence du titre, par la possession : on observe la maxime: *Tantùm possessum quantùm præscriptum.* — Il en est ainsi, encore bien que la servitude ne soit pas susceptible d'être acquise, ni par conséquent d'être étendue par usucapion : la possession a sa cause dans un titre; elle doit être présumée conforme à l'intention des parties, puisque ce titre est leur ouvrage (1).

Le propriétaire du fonds servant doit s'abstenir de tout acte qui en gênerait l'exercice; de son côté, le propriétaire du fonds dominant ne peut rien faire, même sur sa propriété, de contraire aux limitations déterminées dans son titre (2).

Ainsi, celui qui a une prise d'eau pour le service d'un fonds ne peut en user pour le service d'un autre fonds. Si la prise d'eau n'est que pour une partie du fonds, il ne peut l'étendre à une autre partie. — Pareillement, celui qui a un droit de passage par un fonds de terre, ne peut, en faisant bâtir sur ce fonds, étendre le droit de passage au service de la maison, car la servitude du fonds servant se trouverait aggravée, le passage journalier de tous les habitants d'une maison étant plus onéreux que le passage pour le service d'un fonds de terre.

Mais on peut, lorsqu'il s'agit d'une servitude continue et apparente, acquérir par prescription des droits plus étendus que ceux exprimés dans le titre.

Si des contestations s'élèvent, les tribunaux doivent, dans le silence du titre, concilier le plus grand avantage du fonds dominant avec le respect dû à la liberté du fonds servant, et, dans le doute, prononcer en faveur de ce dernier fonds.

— Si l'étendue de la servitude était déterminée; par exemple, s'il s'agissait, non de prendre de l'eau ou de la marne sans limitation, mais tant de mesures d'eau par jour : serait-ce en abuser que de partager cette eau avec le propriétaire d'un autre fonds? — Non, assurément; il ne résulterait de ce partage aucun surcroît de charge pour le fonds assujetti (Pardessus, n° 59).

SECTION IV.

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT.

En principe, les servitudes étant des modifications du droit de propriété, participent de sa nature et sont dès lors perpétuelles; à la diffé-

(1) Delv., p. 174, n° 3; Zach., p. 83; Solon, n° 402; Curasson, Droit d'usage, n° 104; — Cass., 15 janvier 1834, Dev., 1834, 1, 491; 9 novembre 1824 et 29 février 1832, Dev., 1832, 1, 260; 26 juillet 1831, Dev., 1831, 1, 346.

(2) Cette disposition cependant ne doit pas être entendue avec trop de rigueur; nul doute, par exemple, que celui qui jouit d'un droit de gouttière ou d'égout sur le fonds voisin ne puisse donner plus d'élévation à ses bâtiments. (Metz, 12 juin 1807, S., 7, 2, 188.)

rence de l'usufruit, droit essentiellement temporaire : toutefois, dans notre législation, il est hors de doute qu'elles peuvent être soumises à un terme ou à une condition.—Lors même qu'on n'a pas limité leur durée, elles peuvent accidentellement cesser ou s'éteindre entièrement.

Elles cessent, lorsque l'exercice de la servitude n'est plus possible ou ne présente plus d'utilité (203); mais, comme cette cessation de fait ne détruit pas le droit, l'exercice de la servitude recommence si l'usage en redevient possible (704).

Elles s'éteignent, notamment, par la consolidation (705), et par le non-usage pendant 30 ans (706).

Les 30 ans courent, à l'égard des servitudes discontinues, du jour où l'on s'est abstenu du fait par lequel elles s'exercent; à l'égard des servitudes continues, du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude (707).

Du reste, pour empêcher la perte par le non-usage, il n'est pas nécessaire que le propriétaire du fonds dominant jouisse par lui-même; si l'un des copropriétaires par indivis exerce la servitude, ou s'il en est un contre lequel la prescription n'ait pu courir, les droits de tous sont conservés (709 et 710).— Si la prescription peut éteindre les servitudes, elle peut, à plus forte raison, les modifier; mais il faut, sur ce point, distinguer avec soin les servitudes continues des servitudes discontinues. (*Voy.* 708.)

Nous parlerons successivement de la suspension (703 et 704) et de la prescription des servitudes (705-710).

Suspension de l'exercice des servitudes.

703 — Les servitudes cessent (1) lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.

= Pour que le changement survenu dans l'état des choses suspende l'exercice de la servitude, deux conditions sont exigées :

Il faut : 1° qu'il soit absolument impossible d'user de la servitude : il y a suspension, par exemple, si la maison qui doit la servitude ou celle qui jouit de ce droit ont été incendiées; si, par suite d'une force majeure, un étang soumis à la servitude a été desséché (2).

Si l'impossibilité n'existait que pour partie, la servitude ne cesserait que pour cette partie.

2° Que le changement soit accidentel et ne provienne pas du fait du propriétaire du fonds assujetti : l'art. 701, en effet, défend à ce propriétaire de faire aucun acte qui puisse gêner l'exercice de la servitude.

Si les changements provenaient du fait du propriétaire de l'héritage

(1) Expression trop forte : les servitudes, dans l'espèce, ne cessent pas, elles subsistent; seulement leur exercice est suspendu.

(2) Colmar, 27 mai 1811, Dev. Pal.; Orléans, 6 décembre 1838, Pal., 1839, 1, 137; Cass., 16 mai 1838, Pal., 1838, 1, 669.

dominant, il y aurait non-usage volontaire de la servitude, ce qui rendrait applicables les articles 706 et 707.

704 — Elles *revivent* (1) si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user ; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article 707.

= L'impossibilité d'exercer la servitude n'opère pas l'extinction du droit; si les choses sont rétablies dans leur premier état, la servitude reprend sa force : tel est le cas où une fontaine soumise au droit de puisage reparaît après avoir tari pendant quelques années (2).

Toutefois, lorsque le non-usage causé par un événement de force majeure s'est prolongé pendant un temps suffisant pour opérer la prescription, la servitude, porte notre article, se trouve éteinte. Comment concilier cette règle avec la maxime : *Contra non valentem agere non currit præscriptio ?* Il faut rechercher, suivant quelques auteurs, sur quelle cause l'extinction de la servitude par le non-usage est fondée : lorsqu'un événement de force majeure s'est opposé à ce que le droit fût exercé, le non-usage pendant trente ans n'en opère pas l'extinction ; mais s'il a été possible, au moyen de quelques travaux, de rétablir les lieux dans un état convenable pour l'exercice de la servitude, alors on peut considérer l'inaction du propriétaire du fonds dominant, si elle se prolonge, comme un abandon : une fontaine s'est tarie, ou un champ a été envahi par la rivière voisine ; trente-cinq ans se sont écoulés ; tout à coup les choses reviennent dans leur premier état : les servitudes de puisage ou de pacage auxquelles ces biens étaient soumis pourront s'exercer de nouveau ; car on ne saurait imputer au propriétaire du fonds dominant ni faute ni négligence. Mais s'il avait été possible de retrouver la source, par exemple en faisant enlever quelques déblais, ou de faire écouler l'eau en établissant une rigole, travaux peu dispendieux, le propriétaire du fonds servant serait fondé à opposer la prescription trentenaire. — Remarquons, d'ailleurs, disent-ils, ces termes de l'art. 704 : « à moins qu'il ne se soit écoulé un espace de temps suffisant pour faire *présumer l'extinction.....* » La loi ne porte pas que la servitude est éteinte ; elle établit une simple présomption d'abandon ; par conséquent la preuve contraire est admise, ce qui rend applicable la maxime : *Contrà non valentem...*, règle fondamentale en matière de prescription. — On peut invoquer en outre dans ce système deux textes

(1) Inexactitude : si la servitude n'a pas cessé d'exister, elle ne revit pas.

(2) Sous ce rapport, les servitudes diffèrent de l'usufruit. Nous avons vu, en effet, art. 624, que si l'édifice sur lequel l'usufruit est établi vient à périr par accident ou vétusté, l'usufruit s'éteint, et qu'il ne renaît pas, bien que cet édifice soit ensuite reconstruit. Pourquoi cette différence ? L'usufruit est un droit distinct de la nue propriété ; dès le moment où la substance est détruite, il doit cesser d'exister, car il n'a plus d'objet. Au contraire, les servitudes ne sont en réalité qu'une qualité active ou passive de l'héritage ; l'édifice rétabli peut être considéré fictivement comme remplaçant le premier avec toutes les qualités qui s'y rattachent.

romains (1), lesquels décident que le propriétaire du fonds dominant pourra exiger la constitution d'une servitude nouvelle (2), s'il n'a point de négligence à se reprocher.—Du reste, on reconnaît au propriétaire du fonds dominant la faculté d'interrompre la prescription par des actes conservatoires, notamment, en faisant reconnaître son droit par le propriétaire du fonds servant, ou en l'assignant en justice (Pardessus, n° 310).

Cette théorie nous paraît contraire à l'esprit de la loi : il résulte de l'ensemble des dispositions légales sur les servitudes que le législateur a été principalement dominé par la pensée de favoriser autant que possible la liberté des héritages. En effet, il a modifié le système de Domat : ce jurisconsulte admettait le rétablissement des servitudes même *après l'expiration du délai fixé pour l'extinction par le non-usage*, quand les choses revenaient à leur état primitif. Et nous voyons cependant que l'art. 704, conçu en termes généraux et absolus, tout en consacrant la règle que l'exercice des servitudes recommence lorsque les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user, contient cette restriction : *à moins qu'il ne se soit écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction des servitudes*, c'est-à-dire trente années : — toute distinction serait donc arbitraire.— On dit, il est vrai, que la loi n'établit qu'une présomption, ce qui n'exclut pas la preuve contraire ; mais alors il faudrait admettre, par le même motif (puisque l'article 704 renvoie à l'article 707), que le non-usage pendant trente ans n'emporte également qu'une présomption d'extinction, ce qui serait contraire aux textes. — Quant aux lois romaines, dont on invoque l'autorité, elles ne sont d'aucun poids dans notre espèce : à Rome, on devait admettre la restitution *in integrum ;* l'équité l'exigeait, car le délai fixé pour l'extinction de la servitude était limité à deux années ; mais, sous l'empire des lois modernes, qui exigent un intervalle de trente années (707), terme après lequel toutes les actions sont éteintes en général (2262), il est raisonnable de considérer l'héritage servant comme libéré, sans avoir égard à la cause qui s'est opposée à ce qu'on usât des charges qui le grevait.— Cette opinion, au surplus, nous paraît corroborée par l'art. 665 : les règles que cet article établit pour les constructions doivent s'appliquer à tous les cas où des circonstances de force majeure ont mis obstacle à l'exercice d'une servitude (3).

Il est bien entendu que l'exception doit être opposée par la partie, puisqu'elle n'a point pour base l'ordre public; le juge ne pourrait dès lors rejeter d'office la demande.

L'art. 704, ne le perdons pas de vue, suppose le cas de suspension des servitudes par force majeure ; nous verrons que les règles sont diffé-

(1) FF. *de serv. prod. quest.*, l. 34, § 1er; l. 35; *quemad. serv.. amit.*, l. 14 et 18, § 2.

(2) Domat, Lois civiles, liv. 1er, t. 12; Pardessus, nos 295, 296 et 310; sect. 6, nos 1 et 4; Toullier, nos 671, 689 et 690; Solon, n° 505; Favard, vo Serv., sect. 5, n° 6; Zach., t. 2, p. 86; Marcadé sur l'art. 706; Bélime, Droit de possession, n° 160; Zach., p. 66.

(3) Ducaurroy sur l'art. 704; Malleville, t. 2, p. 153; Delv., p. 174, n° 9; — Cass., 16 mai 1878; Demante, Progr., n° 722.

rentes lorsque l'extinction résulte du non-usage : on remarque, notamment, que, dans le premier cas, la prescription court même contre les incapables, tandis qu'elle est suspendue dans le deuxième (706).

Extinction de servitudes.

705 — Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main.

= Les servitudes s'éteignent par la *confusion*, c'est-à-dire, lorsque deux fonds se trouvent réunis dans la même main, à un titre quelconque, soit parce que le propriétaire du fonds dominant a acquis l'héritage asservi, *aut vice versâ*, soit parce que les deux fonds ont été acquis par un tiers : nul en effet ne peut avoir de servitude sur son propre fonds (617) : *Nemini res sua servit.*

Si la confusion ne s'opère que pour partie, la servitude continue de subsister pour la portion non aliénée. Il en serait de même, si l'un des héritages était acquis en commun, par exemple, si cet héritage devait une servitude au fonds de l'un ou de l'autre acquéreur; car les droits particuliers sont distincts des droits indivis. — Toutefois, la servitude renaîtrait, ou plutôt l'extinction n'aurait jamais eu lieu, si par suite du partage le fonds grevé était tombé dans le lot d'un autre héritier (883).

Pour que l'extinction de la servitude s'opère, il faut que la réunion soit parfaite et irrévocable ; si cette confusion venait à cesser par l'effet d'une cause antérieure à l'époque où elle s'est opérée, par exemple, par l'exercice du réméré (1673), par l'événement d'une condition résolutoire, par l'éviction d'une succession, etc., la servitude continuerait d'exister.

En cas de séparation ultérieure des deux héritages, même par l'effet d'une vente de droits héréditaires, la servitude ne peut revivre, si elle est non apparente, que par l'effet d'une stipulation ou d'une réserve expresse. — Quant aux servitudes apparentes, encore bien qu'elles soient discontinues, il en est autrement : suivant nous, l'exercice de ces servitudes recommence de plein droit, sans nouvelle constitution, par le seul effet de la séparation des deux héritages, et cela tant activement que passivement (*voy.* art. 694).

— Que doit-on décider dans le sens contraire? la servitude acquise par un propriétaire commutable subsisterait-elle après la résolution de son droit? — Nous le pensons; le droit est attaché au fonds et non à la personne (*V.* art. 637 et 686).

706 — La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans.

= Toutes les servitudes s'éteignent par le non-usage; la règle de l'art. 606 est semblable à celle qui est établie, art. 617, en matière d'usufruit. Le Code soumet à la même règle les servitudes continues et les

servitudes discontinues; il n'existe de distinction entre elles que relativement à l'époque à partir de laquelle court le délai. — Tant que les trente ans ne sont pas écoulés, l'exercice de la servitude est seulement suspendu (*voy.* 707) (1).

L'extinction par le non-usage est fondée sur la présomption que celui à qui la servitude était due a abandonné son droit : de là nous concluons que les règles de la suspension établies pour la prescription s'appliquent au non-usage en matière de servitudes, c'est-à-dire, que le délai ne court ni contre les mineurs ni contre les interdits (2252), et qu'à l'égard des servitudes dues à des immeubles dotaux, le délai ne court point, pendant le mariage, contre la femme mariée (2255). — Il en serait autrement, si le non-usage provenait d'une force majeure ou d'un obstacle que n'aurait pu prévenir ni faire cesser le propriétaire du fonds dominant : en ce cas, le cours de la prescription ne serait pas suspendu. (*V.* nos observations sur l'article 704, *in fine.*)

Pour conserver la servitude, il n'est pas nécessaire d'user par soi-même ; ce droit se conserverait par l'usage qu'en ferait le fermier, l'usufruitier, ou toute autre personne qui l'exercerait à l'occasion du fonds, même par un ouvrier, un ami ou un étranger.

Il nous reste à faire observer que l'extinction par le non-usage a lieu seulement en matière de servitudes conventionnelles : cette cause d'extinction ne peut s'appliquer ni aux servitudes qui dérivent de la situation des lieux, ni même aux servitudes légales; la nature des choses ne le permet pas. (Pardessus, nº 301.)

707 — Les trente ans commencent à courir, selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues.

= La loi détermine l'époque à laquelle la prescription commence à courir; elle distingue : si les servitudes sont *discontinues*, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, de puisage, etc., le fait actuel de l'homme étant nécessaire pour qu'elles puissent s'exercer, les trente ans courent du jour où ce fait a eu lieu pour la dernière fois, encore que le propriétaire du fonds assujetti n'ait point cherché à s'y opposer; un seul fait d'exercice de la servitude dans les 30 ans conserverait par conséquent ce droit. (Bélime, Dr. de poss., nº 176.)

Si les servitudes sont *continues*, comme elles s'exercent sans le secours de l'homme, elles se conservent par cela seul que les lieux restent dans l'état d'où résulte la servitude; en conséquence, les trente ans ne commencent à courir que du jour où un acte matériel apparent et permanent, contraire à la servitude, en a fait cesser l'exercice, ce qui suppose que les ouvrages ont été achevés (2). — Nous disons un *acte ma-*

(1) Orléans, 13 décembre 1839, Pal., 1847, 1, 37.

(2) Pardessus, p. 166; Malleville sur l'art. 707; Zach., § 255; Solon, nº 500; Bélime, nº 158.

tériel : une signification, quelque explicite quelle fût, serait donc insuffisante; elle annoncerait seulement une prétention ; or, la loi exige que l'exercice ait été interrompu. (Pardessus, n° 308.) Exemple : j'ai acquis le droit d'empêcher mon voisin de bâtir près de ma maison ; il contrevient à cette convention en élevant des constructions : trente ans s'écoulent sans réclamation de ma part ; la servitude est éteinte.

J'ai acquis une servitude d'aspect sur le fonds voisin ; je fais boucher mes fenêtres de manière à ce qu'il n'en reste pas de vestiges capables de retenir la possession ; les choses restent pendant trente ans dans cet état : la servitude est éteinte.

Les actes d'interruption peuvent être valablement faits, non-seulement par le propriétaire du fonds, mais encore par tout autre, usufruitier, fermier ou locataire, peu importe; la loi n'exige qu'une chose : c'est qu'un acte contraire à la servitude ait été fait, fût-ce par le propriétaire du fonds dominant (1).

On remarque même que le mot *acte* est employé ici *lato sensu* , pour exprimer toute circonstance qui empêche l'exercice de la servitude; par exemple, si le propriétaire d'un édifice dominant fait supprimer les gouttières qui portaient l'eau sur le fonds voisin ; s'il fait supprimer les jours qui existaient dans son mur.— Ce mots'entend tout aussi bien d'un événement de force majeure; par exemple, du déplacement naturel et spontané du cours d'un ruisseau, que du fait personnel de l'homme; la loi, conçue en termes généraux, n'exige pas que le propriétaire du fonds asservi ait manifesté l'intention de posséder contre la servitude, et d'en prescrire l'anéantissement par le non-usage : d'ailleurs, dès le moment où les choses se trouvent en tel état qu'on ne puisse plus en user, la règle de l'article 703 exerce son empire; la servitude cesse par le fait; la faveur de la liberté des héritages l'emporte. (*Voy.* art. 704.)

Il nous reste à faire observer que la règle de l'article 707, relative à la prescription des servitudes continues, est restreinte au cas où ces servitudes ont été mises en exercice avant les 30 ans de non-usage : on ne concevrait pas, en effet, que l'on pût faire quelque chose de contraire à ce qui n'existerait point ; par exemple, si le propriétaire d'une maison, au profit de laquelle existait un droit de vue, démolissait cette maison et laissait ensuite écouler 30 ans sans la reconstruire, la servitude serait éteinte, bien que le propriétaire du fonds voisin n'eût fait dans ce laps de temps aucun acte de contradiction (2).

— De quelle époque court le délai pour les servitudes qu'on n'exerce qu'à de longs intervalles; par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage sur un terrain, pour aller faire une coupe de bois? A partir du dernier acte : si donc la servitude ne s'exerce, par exemple, que tous les quarante ans, le propriétaire du fonds dominant devra, au moyen d'un acte, interrompre la prescription.

Nous avons examiné la question de savoir si les servitudes sont susceptibles de s'acquérir par la prescription de 10 ou 20 ans (2265); on demande maintenant

(1) Toullier, n° 692; Malleville sur l'art. 707; Dur., n° 685; Solon, n° 500; Zach., § 255, p. 89; Bélime, n° 158; Pardessus, n° 302.

(2) Rennes, 18 novembre 1843, Dev , 1844, 2, 462; Pal., 1844, 2, 422.

si le tiers acquéreur pourrait prescrire par ce délai la liberté de l'héritage? ∾ La jurisprudence paraît fixée en ce sens, qu'en matière de servitude, la prescription trentenaire seule doit être admise ; que l'article 2265 ne statue pas pour la libération des charges réelles, mais pour la prescription des biens immeubles (1). ∾ Nous pensons qu'il faut appliquer ici, par analogie, la règle de l'article 2180, et décider que le non-usage pendant 30 ans peut seul éteindre la servitude tant que le fonds se trouve en la possession du constituant ou de ses héritiers ; mais que, vis-à-vis d'un tiers acquéreur, la servitude doit s'éteindre, comme l'hypothèque, par l'expiration du temps dont il a besoin pour acquérir la propriété.—Appliquez pour et contre les raisons que nous avons exposées sur la question de savoir si les servitudes sont susceptibles de s'acquérir par la prescription de 10 et 20 ans. (*Voy.* art. 690, p. 899.) (2).

Si la servitude discontinue se manifeste par un signe apparent, l'existence de ce signe empêche-t-elle la prescription de courir? ∾ Non, assurément ; la servitude n'est pas moins discontinue. (Toullier, n. 709 ; *voy.* cep. Pardessus, n. 308.)

708 — Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière.

= On appelle *mode* de la servitude, la manière dont on doit en user : par exemple, à l'égard d'un droit de passage, le mode consiste à passer à cheval ou à pied ; lorsqu'il s'agit d'une servitude de vue, il consiste dans le nombre ou la grandeur des ouvertures que l'on peut pratiquer.

Le mode de la servitude se prescrit de la même manière que la servitude elle-même ; mais ce principe a besoin d'explication :

Toute servitude s'éteint par le non-usage ; lorsque le nouveau mode diminue l'ancienne servitude, on perd dès lors l'excédant de cette servitude, qu'elle soit continue ou discontinue. Exemple : j'avais le droit d'ouvrir deux fenêtres sur votre terrain ; je n'en ouvre qu'une seule : après l'expiration de trente ans, le surplus de la servitude sera prescrit.

Mon titre me donnait le droit de puiser de l'eau à votre fontaine pendant le jour ; je n'ai usé de ce droit que pendant la nuit : la servitude sera prescrite. — Il en serait autrement, si le titre gardait le silence ; cette limitation ne se présumerait pas.

J'avais le droit de passer sur une partie de votre fonds ; pendant plus de trente ans, j'ai constamment passé sur une autre partie : l'ancien mode sera perdu ; mais je n'aurai pas acquis le nouveau, car la servitude de passage est discontinue.

(1) Toullier, nos 629, 651 et 688; Pardessus, no 306; Solon, no 511; Favard, Sev., sect. 3, § 5, no 2; — Cass., 16 avril 1838, Dev., 1838, 1, 756; Pal., 1838, 2, 241; D. P., 38, 1, 216; 20 décembre 1826; Pal., 1837, 1, 46; D. P., 1837; Dev., 1837, 1, 145; 28 mars 1837, Dev., *ibid.*, 506; Pal., 1837, 2, 12; D. P., 37, 1, 28; Grenoble, 23 juillet 1832; Cass., 20 décembre 1836, Dev. 37, 1, 145; D. P., 37, 1, 24; Pal., 37, 1, 46; Cass., 28 mars 1837, Dev., 1837, 1, 506; D. P., 37, 1, 286; Pal., 37, 2, 12; Paris, 25 août 1834, D. P., 1835, 2, 1; Dev., 1835, 2, 134; Orléans, 31 décembre 1835, Dev., 1836, 2, 5; Limoges, 14 février 1837, Dev., 1837, 1, 506; Pal., 1837, 1, 414; Bordeaux, 29 mai 1838, Dev., 1838, 2, 542; Pal., 1838, 2, 331; D. P., 38, 2, 169; 7 juillet 1841, Pal., 1841, 2, 352; 2 juillet 1846, Pal., 1846, 2, 512; Cass., 18 novembre 1845, Pal., 1846, 1, 518.

(2) Pothier, Prescrip., no 139; Dur., no 691; Delv., p. 174, no 8; Vazeille, nos 419 et 523; Troplong, Prescrip., nos 419 et 853; Zach., t. 2, p. 90. *Voy.* surtout un arrêt de Nancy, 14 mars 1842, Pal., 1843, 1, 190; Dev., 1842, 2, 137; D. P., 42, 2, 106.

Lorsque le nouveau mode augmente la servitude, il faut encore distinguer : si la servitude est du nombre de celles que l'on peut acquérir par prescription, ce nouveau mode peut être acquis de la même manière; *secùs* dans le cas contraire.

Exemple : au lieu de deux fenêtres que j'avais le droit d'ouvrir, j'en ouvre quatre : l'excédant pourra s'acquérir par la prescription de trente ans ; car il s'agit d'une servitude continue et apparente.

J'avais le droit de passer à pied sur votre héritage; pendant trente ans, j'ai passé à cheval : mon premier droit sera conservé, car le plus contient le moins; mais je n'aurai pas acquis celui de passer à cheval, puisque la servitude est discontinue (1).

Ainsi, l'article doit être entendu en ce sens, que toutes les servitudes, en général, peuvent être diminuées par le non-usage, mais que les servitudes continues et apparentes sont les seules qui puissent être augmentées par ce moyen.

Il nous reste à faire observer que les principes exposés plus haut, sur les causes de suspension ou d'interruption de la prescription, s'appliquent au mode de la servitude comme à la servitude elle-même. Par exemple, si le fonds asservi appartenait à un mineur ou à un interdit, la prescription courrait en leur faveur à l'effet de libérer l'héritage, mais elle ne courrait pas contre eux à l'effet d'aggraver les charges (2252).

— La servitude principale est-elle conservée, lorsqu'on s'est borné à user de la servitude accessoire? ⇒ La servitude principale est éteinte.—Quant à la servitude accessoire, elle continue de subsister lorsqu'elle a été stipulée expressément; *secùs* dans le cas contraire.

709 — Si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous.

= On peut conserver une servitude, non-seulement par soi-même, mais encore par une autre personne, notamment par un fermier ou par l'un des copropriétaires indivis; car l'indivision fait considérer les copropriétaires comme mandataires réciproques pour tout ce qui concerne l'intérêt commun; le fait de l'un profite à tous les autres. D'ailleurs, la servitude étant une qualité du fonds, s'applique naturellement à toutes les portions indivises de ce fonds : par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, celui des communistes qui exercera ce droit, interrompra la prescription pour le tout (ff., l. 5, *quemad. servit. amit.*).

Après le partage, le droit se trouve divisé, comme si dès l'origine la

(1) Les circonstances peuvent démontrer néanmoins que la désignation d'un emplacement pour l'exercice de la servitude n'est que démonstrative ; alors, nul doute que l'ancien mode sera conservé. Nous donnerons pour exemple le cas où la voie indiquée serait impraticable, celui où la servitude serait de nature à pouvoir être exigée indifféremment sur tel ou tel point de l'héritage assujetti; mais, en règle générale, les indications relatives au mode de la servitude sont réputées limitatives; dès lors, elles sont prescriptibles comme la servitude elle-même et de la même manière. — Zach., p. 89; Dur., nº 607; Pardessus, nos 303 et suiv.; — Paris, 24 mai 1849, Dal., 1850, 2, 11.

servitude avait été constituée en faveur de plusieurs fonds distincts : il en résulte que le droit peut être perdu pour un lot, bien qu'il ait été conservé par un autre (ff. *quemad. servit. amit.*, l. 6; Bélime, n° 173).

— *Quid* si l'un des copropriétaires indivis n'a usé de la servitude que pour une part correspondante à celle qui lui revient dans le fonds dominant ; par exemple, s'il s'agit d'une prise d'eau ? — Pendant l'indivision, les droits de chacun reposant sur toute la chose et sur chacune de ses parties, ce copropriétaire aura donc conservé le droit à tout l'héritage dominant pour la portion dont il s'agit. Il en serait autrement, si le partage avait eu lieu : le défaut d'exercice de la servitude par l'un des copartageants ferait courir la prescription contre lui, bien que les autres copartageants eussent continué à l'exercer. (Bélime, Dr. de poss., n° 173; Pardessus, n° 64.)

710 — Si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres.

= Cette disposition est une conséquence du principe établi dans l'article précédent (2252-2253) : *In individuis minor relevat majorem* (*voy.* Pothier, note sur l'art. 226 de la cout. d'Orléans).

Aux divers modes d'extinction énoncés dans cette section, il faut ajouter :

L'abandon du fonds asservi (*voy.* 699);

La résolution du droit de celui qui a consenti la servitude : car on ne peut transférer que les droits que l'on a soi-même; *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (Pardessus, n°s 247 et suiv., 317). Ainsi, la servitude établie par l'emphytéote s'éteint avec l'emphytéose ; — celle qui est établie par l'acquéreur sous condition résolutoire (2125) s'évanouit par l'événement du cas prévu. — Il en est de même de celle qui est établie par un donataire dont le droit est révoqué soit pour cause d'inexécution des conditions, soit par survenance d'enfants, soit par l'effet d'une stipulation de retour (952 et 953). — Enfin, la servitude s'évanouit dans tous les cas où le contrat d'acquisition vient à être rescindé pour cause de minorité ou d'interdiction ;

La renonciation à la servitude ou la remise volontaire : on n'exige pas que la forme des donations soit observée ; il suffit d'une simple convention de remise (621 et 622) ; car celui qui peut disposer de son fonds peut à plus forte raison disposer d'un accessoire de ce fonds.—Si la remise n'avait été faite que par l'un des propriétaires indivis du fonds dominant, elle ne produirait actuellement effet que contre lui, en supposant même que la servitude fût divisible; — si la servitude était indivisible, les effets de la remise seraient subordonnés au résultat du partage. *Vice versâ*, la remise faite seulement à l'un des copropriétaires du fonds servant ne produirait, pendant l'indivision, ou après le partage, que les effets compatibles avec le maintien de la servitude, vis-à-vis des autres copropriétaires de ce fonds. — La remise peut être expresse ou tacite : lorsqu'elle est expresse, on se renferme strictement dans les ter-

mes de l'acte; car nul n'est facilement présumé vouloir renoncer à son droit. — La remise tacite a lieu, lorsque le propriétaire du fonds dominant permet de faire des travaux qui empêchent l'exercice de la servitude; par exemple, lorsqu'il laisse clore de murs le terrain qui doit un passage;

Par l'expiration du temps pour lequel la servitude a été accordée (ff. T. *de servit.*, l. 4);

Par l'événement de la condition résolutoire.

Quant à l''abus, il donne seulement lieu à des dommages-intérêts; il n'entraîne pas la perte du droit (1).

— Si le propriétaire qui a stipulé une servitude en faveur du fonds dont il est actuellement possesseur est déchu de son droit de propriété, que devient la servitude? ww Spécialement : Pierre a fait à Paul donation d'un immeuble; ce dernier a constitué une servitude en faveur de cet immeuble; puis son droit se trouve résolu par la survenance d'un enfant au donateur (960) : quel sera le sort de la servitude? wwD'une part, on argumente de l'article 1119, lequel porte que les stipulations en général sont personnelles (Dur., nos 554 et 579).wwCette opinion nous paraît contraire aux principes : en effet, ce n'est point la personne qui acquiert la servitude, c'est le fonds; peu importe, dès lors, que le droit du constituant soit résolu. — D'ailleurs, il y a eu pour lui, pendant la durée de son administration, non-seulement pouvoir, mais encore devoir de faire tout ce qui pourrait augmenter l'utilité de l'héritage; il a stipulé non pour lui personnellement, mais en tant que propriétaire du fonds et dans l'intérêt de ce fonds (2).

RÉSUMÉ DU TITRE IV.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS (637-710).

Voyez le sommaire (p. 809).

Définition (p. 809).

Une servitude augmente la valeur du fonds dominant à raison de l'avantage qu'il lui procure, et diminue, par contre, celle du fonds servant; mais il ne s'ensuit pas que l'un des héritages ait une supériorité, une prééminence sur l'autre; la loi prend soin de prévenir, par une disposition formelle, les inductions que l'on pourrait tirer à cet égard de l'emploi du mot *servitude*. (Art. 638, p. 812.)

Toutes les servitudes, quel que soit leur objet, sont comprises dans trois catégories : 1° elles dérivent de la situation des lieux; 2° elles sont établies par la loi; 3° elles proviennent du fait de l'homme. (Art. 638, p. 813.)

CHAPITRE Ier.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

Voy. le sommaire (p. 814).

(1) Riom, 25 mai 1842, Pal., 1843, 1, 51.

(2) Pothier, Cout. d'Orléans, t. 13; Toullier, t. 3, no 681; Pardessus, no 318; Zach., Delv.

Etendue de la servitude imposée aux fonds inférieurs.

Les fonds inférieurs sont assujettis à recevoir sans indemnité les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur ; c'est là une charge imposée par la situation des lieux. Les propriétaires de ces fonds ne peuvent s'y soustraire ; mais aussi les propriétaires supérieurs ne peuvent faire aucuns travaux susceptibles de l'aggraver. (Art. 640, p. 815.)

Question. — Si par des travaux exécutés sur son fonds le propriétaire supérieur fait jaillir une source, le propriétaire inférieur est forcé de recevoir les eaux; mais alors ce dernier peut exiger une indemnité. (P. 816.)

Propriété des sources.

Le propriétaire du sol a le droit de retenir l'eau d'une source qui se trouve sur son héritage et d'en disposer librement. (Art. 641, p. 817.)

Il ne peut être dépouillé de ce droit que par un acte de sa volonté ou par prescription.— Point de difficulté lorsqu'il existe un titre; mais il n'en est pas de même lorsqu'on invoque la prescription.

Rappelons-nous d'abord que, pour prescrire, il faut une possession paisible, publique, continue, non interrompue et à titre de propriétaire.

Conformément à ce principe, quatre conditions sont exigées pour que la prescription puisse être acquise lorsqu'il s'agit d'un cours d'eau; il faut: 1° 30 ans de jouissance; 2° que des travaux *destinés* à faciliter la chute et le cours de l'eau sur un fonds inférieur (peu importerait que ce fonds ne fût pas contigu (p. 818 et 821), aient été faits; 3° qu'ils aient été faits par le propriétaire de ce fonds; 4° qu'ils soient *apparents*, c'est-à-dire, qu'ils aient pu être connus du propriétaire de la source; 5° qu'ils soient *terminés;* 6° qu'ils soient *permanents :* des barrages ou des branchages mobiles ne suffiraient pas.

Du reste, le propriétaire de la source n'est pas privé du droit d'user de l'eau, puisqu'il en a la propriété; rien ne l'empêche même de faire une nouvelle concession à un autre voisin, pourvu que la source puisse suffire aux besoins des deux fonds. (P. 819.) — Il va de soi que le propriétaire inférieur ne peut se servir de l'eau pour un autre fonds, et bien moins faire une sous-concession. — Le propriétaire supérieur peut interrompre la prescription, soit en détournant le cours de l'eau, soit en protestant contre les conséquences qui résulteraient de la confection des travaux.

Questions. — Les ouvrages qui doivent servir de base à la prescription doivent être valablement faits sur le fonds inférieur. (P. 819.)

Les 30 ans de possession requis pour prescrire peuvent courir, bien qu'il n'ait pas été fait de travaux, dès que la précarité a été intervertie ou couverte. (P. 821.)

L'utilité publique, cause suffisante d'expropriation (p. 545), doit, *à*

fortiori, pouvoir fonder l'établissement d'une servitude : si la source fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire, le propriétaire ne peut en changer le cours, sauf à lui à réclamer une indemnité (art. 643, p. 622). — Cette disposition donne lieu aux remarques suivantes :

L'utilité publique, en pareille matière, est constatée non par l'autorité administrative, mais par l'autorité judiciaire, car il s'agit d'une question de propriété

Cette servitude ne peut être fondée que sur la *nécessité :* un simple avantage ne suffirait pas.

La loi parle d'une réunion d'habitants : nous étendrons la règle au cas où les eaux seraient indispensables pour le service d'un établissement public; mais on n'aurait pas égard aux convenances particulières de quelques habitants.

Le propriétaire peut exiger une indemnité; mais le droit à cette indemnité est prescriptible.

Nous pensons qu'il faut appliquer aux eaux d'un puits, d'une mare, d'un étang ou d'une citerne, la règle établie par l'article 643, car les mêmes considérations se présentent.

Eaux courantes (p. 823). — Les héritages peuvent être *bordés* ou *traversés* par un cours d'eau : — au premier cas, la loi permet aux propriétaires de se servir de l'eau à son passage pour l'*irrigation.* — Nonobstant cette expression, il nous paraîtrait bien difficile de refuser au riverain l'eau qui lui serait nécessaire pour l'exercice de sa profession (p. 324).—Au deuxième cas, il peut non-seulement se servir de l'eau pour l'irrigation, mais encore en *user*, c'est-à-dire, l'employer pour son agrément personnel, à charge toutefois de la rendre à son cours naturel à sa sortie du fonds.

L'autorité administrative est investie de la surveillance des cours d'eau ; en conséquence, elle peut faire, dans des vues générales, des règlements obligatoires pour tous les riverains.—A défaut de règlements, les tribunaux statuent sur les contestations qui s'élèvent : ils ont en cette matière une grande latitude; la loi se borne à leur prescrire de concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété (art. 645; *v.* p. 825 et 827). Ils ne doivent point perdre de vue que la loi permet l'usage, et qu'elle ne tolère pas l'abus (p. 825).

Le droit de faire des prises d'eau ne peut être exercé, comme de raison, que dans les rivières qui dépendent du domaine privé; les riverains des rivières navigables ou flottables ne jouiraient de ce droit qu'autant qu'ils auraient obtenu du gouvernement une concession particulière. (P. 826.)

Questions. — En cas de partage d'un fonds riverain, les portions qui cessent d'être riveraines conservent leur droit à l'usage de l'eau. (P. 826.)

Le riverain qui a augmenté l'étendue de son fonds peut employer à l'irrigation du fonds nouvellement acquis les

eaux qui bordent ou qui traversent l'héritage primitif. (P. 826.)

Bornage (*voyez* le sommaire, p. 828). — Toute personne qui possède un héritage comme sien, ou comme ayant un droit de copropriété, peut obliger son voisin au bornage. Cette opération se fait à frais communs (art. 646, p. 828); les dépens, s'il y a eu contestation, sont à la charge de la partie qui succombe.

Gardons-nous de confondre l'action en bornage avec l'action en rétablissement de bornes :

La première est imprescriptible, elle s'exerce au *pétitoire*. — La deuxième doit être exercée dans l'année; elle est *possessoire* : sans préjudice des peines portées par la loi pénale.

Toute action en bornage doit être portée devant le juge de paix du canton où les biens sont situés (p. 829).

Clôtures (*voyez* le sommaire, p. 830). — La faculté de se clore est une conséquence du droit de propriété; mais il va de soi qu'en usant de cette faculté, le propriétaire ne peut s'affranchir des charges qui pèsent sur son héritage, notamment du droit de passage. Il doit toujours laisser un espace libre pour l'exercice de ces servitudes (art. 647, p. 830).

Celui qui clôt son héritage s'affranchit de la servitude de parcours et de vaine pâture. — Il a paru juste de lui interdire, en proportion du terrain qu'il a soustrait à cette servitude, le droit de faire paître ses bestiaux sur les autres fonds qui s'y trouvent soumis (art. 648, p. 831).

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI (art. 649).

Servitudes établies dans l'intérêt public.

Le Code se borne à indiquer les principales : elles ont pour objet le marchepied le long des rivières; la construction et la réparation des chemins.

Le *marchepied* se compose de deux chemins : le *chemin de halage*, qui est affecté au tirage des bateaux et au dépôt des marchandises; il doit avoir 8 mètres de largeur, et le marchepied proprement dit (qui sert aux piétons); sa largeur doit être de trois mètres trente-trois centimètres.

Des considérations d'intérêt public ont fait établir, en outre, qu'un espace d'un mètre trente-trois centimètres serait laissé sur les bords des rivières flottables à bûches perdues.

Le terrain affecté au marchepied n'appartient pas moins aux riverains; seulement, il est grevé d'une servitude.

Les propriétaires d'un chemin vicinal sont tenus d'entretenir ce chemin en bon état.—Ceux qui sont voisins d'un chemin public doivent subir le dépôt sur leurs héritages des matériaux qui sont destinés à l'établir ou à le réparer. (Art. 650, p. 833.)

Servitudes établies par la loi dans l'intérêt des particuliers.

SECTION Ire.

Voy. le sommaire (p. 834).

Du mur mitoyen (p. 836). — Le mur est présumé mitoyen lorsqu'il sert de séparation soit entre deux bâtiments (que ces bâtiments se trouvent à la ville ou à la campagne), soit entre enclos, cours ou jardin. (*Voy.* p. 837.)

Au premier cas, si les bâtiments sont d'une hauteur inégale, la mitoyenneté n'est présumée que depuis la fondation jusqu'à l'héberge; le surplus est censé appartenir au propriétaire du bâtiment le plus élevé.

Quoiqu'il n'existe de bâtiments que d'un côté, si des vestiges annoncent qu'il y en ait eu autrefois de l'autre côté, le mur est censé mitoyen jusqu'à la hauteur de ces vestiges.

Au deuxième cas, la mitoyenneté existe, lors même que les deux fonds seraient de nature différente. — Si l'un des héritages seulement se trouvait en état de clôture, le mur serait censé appartenir au propriétaire de cet héritage.

Question. — Si le mur de séparation diffère de celui qui sert de clôture des trois côtés, il est censé appartenir au propriétaire dont le fonds est entouré d'une clôture semblable à celle qui sert de séparation. (P. 837.)

Circonstances qui paralysent la présomption de mitoyenneté (*voyez* p. 838).

Il y a marque de mitoyenneté dans trois cas : 1° lorsque la sommité du mur est d'un côté en ligne droite et présente de l'autre un plan incliné; — 2° lorsqu'il n'y a de chaperons ou de filets que d'un seul côté; — 3° lorsqu'il n'existe de corbeaux que d'un seul côté.

Les filets et corbeaux ne produisent une présomption de propriété exclusive qu'autant qu'ils ont été placés dans le mur en le construisant. (Art. 654, p. 840.)

Questions. — La possession annale ne suffit pas pour détruire la présomption légale de mitoyenneté. (P. 841.)

Lorsqu'il existe des deux côtés du mur des signes de non-mitoyenneté, on distingue : si la clôture est forcée, ces signes se neutralisent; si elle est facultative, le mur est toujours censé appartenir en totalité au maître du fonds en état de clôture, nonobstant les signes de non-mitoyenneté qui peuvent se trouver de l'autre côté. (P. 843).

Charges de la mitoyenneté.—Chacun des copropriétaires doit contribuer en proportion de ses droits à la réparation et à la reconstruction du mur mitoyen; ils sont personnellement responsables, en outre, des dégradations qui proviennent de leur fait ou du fait des personnes dont ils doivent surveiller les actes. (Art. 655, p. 843)

Mais ils peuvent s'affranchir des charges de la mitoyenneté, en aban-

donnant leur droit, sauf à revenir sur cet abandon, si l'autre voisin laisse tomber le mur en ruine. (Art. 656, p. 843.)

Cette règle souffre exception dans deux cas : — 1° lorsque le mur soutient une construction qui leur appartient; — 2° lorsque la nécessité des réparations est occasionnée par leur fait. (P. 844.)

Question. — La faculté d'abandon, pour se dispenser des réparations ou des reconstructions, ne peut avoir lieu malgré le voisin dans les lieux où la clôture est forcée. (P. 844.)

Effets de la mitoyenneté. — En principe, tout propriétaire (p. 845) peut user de la chose commune; mais il ne peut faire d'innovations sans le consentement des autres.

Appliquant cette règle à la mitoyenneté, la loi confère à chacun des copropriétaires la faculté de bâtir contre un mur mitoyen, et d'y placer des poutres ou solives, pourvu qu'elles s'arrêtent à 54 millimètres du parement opposé, ce qui exclut tout transpercement (art. 647, p. 845); sans préjudice, pour l'autre voisin, de la faculté de réduire ces poutres à l'ébauchoir (et par conséquent sans déplacement), s'il veut lui-même construire dans le même lieu. (Art. 657, p. 845).

Le même principe a fait établir que chacun des copropriétaires aurait le droit d'exhausser le mur, à charge seulement de payer au voisin une indemnité à raison du préjudice que les travaux pourront lui causer, et, en outre, à raison de la surcharge, c'est-à-dire, eu égard à la valeur de l'ancien mur sur lequel se fait l'exhaussement. (P. 847.)

Propriétaire de la partie exhaussée, le constructeur peut retirer de cette partie du mur tous les avantages qu'elle est susceptible de procurer, comme aussi tous les frais de réparation ou de reconstruction qu'elle nécessite sont à sa charge. (Art. 658, p. 846.)

Question. — Le copropriétaire d'un mur mitoyen qui a construit à ses frais un surhaussement peut pratiquer dans cette partie exhaussée des jours à fer maillé et à verre dormant, autorisés par les art. 676 et 677. (P. 848.)

Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, il faut le reconstruire en entier; et, s'il est nécessaire de donner un excédant d'épaisseur, cet excédant se prend sur le terrain du constructeur, et dès lors lui reste propre. (Art. 659, p. 849.)

Acquisition de la mitoyenneté du mur. (P. 849.)

Tout propriétaire joignant un mur a la faculté d'acquérir en tout ou en partie la mitoyenneté du mur et celle de la partie exhaussée.

Au premier cas, il doit payer la valeur actuelle du mur, en proportion de la partie qu'il veut rendre mitoyenne, mais toujours jusqu'aux fondations, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les villes et les campagnes. (Art. 661.)

Au deuxième cas, il doit payer la moitié des frais de construction, et de plus restituer le montant de l'indemnité qu'il a pu recevoir.

Questions. — La règle que l'acquisition de la mitoyenneté ne peut avoir lieu qu'autant que le mur est contigu, n'est pas de

rigueur à ce point, que le moindre espace mettrait obstacle à cette acquisition. (P. 852.)

L'acquisition de la mitoyenneté du mur donne à l'acquéreur le droit de faire boucher les ouvertures qui ont été pratiquées dans ce mur, suivant les règles prescrites par les articles 676 et 677. (P. 852 et 853.)

Ce droit lui est refusé lorsque les règles n'ont pas été observées, si les ouvertures subsistent depuis plus de 30 années. (P. 853.)

Dans tous les cas où l'un des voisins veut faire pratiquer des enfoncements dans le mur mitoyen, ou même appuyer ou appliquer des ouvrages contre ce mur, il doit obtenir le consentement de son copropriétaire, ou faire régler par experts les mesures à prendre pour que ces ouvrages ne puissent lui préjudicier. (Art. 662, p. 854.)

De la clôture forcée. — En règle générale, l'un des voisins ne peut contraindre l'autre à contribuer avec lui aux frais de construction d'un mur de clôture. — Des considérations de sûreté publique ont fait établir que, dans les villes et faubourgs, ils auraient exceptionnellement cette faculté réciproque; la nature de leur propriété, maison, cour ou jardin, importe fort peu. — Quant à la hauteur des clôtures, elle est ordinairement fixée par les usages locaux. A défaut de règlements particuliers, on observe la règle de l'article 663.

Questions. — Si les terrains contigus sont d'une hauteur inégale, le mur doit avoir dix pieds d'élévation à partir du sol le plus élevé. (P. 856.)

On ne peut, au cas où la clôture est forcée, se dégager de l'obligation de contribuer à la clôture en abandonnant la moitié du sol et en renonçant à la mitoyenneté. (P. 856.)

Les servitudes actives ou passives qui existaient avant la démolition du mur ou de la maison continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, pourvu que la reconstruction se fasse avant l'accomplissement de la prescription. (Art. 665, p. 858.)

Fossés mitoyens (*voyez* le sommaire, p. 858).—Les mêmes motifs qui ont fait réputer mitoyen le mur qui sépare deux héritages font présumer la mitoyenneté du fossé; mais il y a cette différence, que la loi ne distingue pas si les héritages sont ou non en état de clôture (comp. art. 653 et 666, p. 859). — La présomption de mitoyenneté fléchit lorsqu'il y a titre ou marque du contraire. Le rejet d'un seul côté de la terre qui provient du curage est la seule marque de non-mitoyenneté indiquée par la loi : *Qui a douve a fosse.* — Nous pensons néanmoins qu'on devrait attacher le même effet aux bornes qui seraient placées au delà du fossé. — En cas de contestation entre l'indice soit de mitoyenneté, soit de non-mitoyenneté, il va de soi que le titre l'emporterait. —Inutile de dire que le fossé doit être entretenu à frais communs (art. 666-669), sauf la faculté d'abandon, à moins que le fossé ne serve de bornage.

Question. — La possession annale n'est pas destructive de la pré-

somption de mitoyenneté ; cette présomption est elle-même un titre. (P. 860.)

Haies mitoyennes. Toute haie (vive ou sèche) séparative de deux héritages qui ne sont clos ni l'un ni l'autre, ou qui sont tous deux clos par des haies de même espèce, est présumée mitoyenne.— Si l'un des héritages seul est clos, ou si l'un des deux fonds est clos de trois côtés par des haies sèches, tandis que l'autre est entouré de haies vives, la haie qui sert de séparation est censée appartenir au propriétaire de l'héritage enclos ou clos de toutes parts par une haie de même nature. — La présomption de mitoyenneté cesse, lorsqu'il y a titre ou possession suffisante du contraire. (Art. 670, p. 861.)

La haie doit être entretenue à frais communs, sauf, ainsi que nous l'avons dit pour les murs et les fossés, la faculté d'abandon. (P. 862.)

Question. — La possession annale ne détruit pas la présomption de mitoyenneté des haies. (P. 863.)

Autres espèces de mitoyenneté (*voyez* le sommaire, p. 864).

Les murs, les fossés et les haies ne sont pas les seules choses susceptibles de mitoyenneté : la loi prévoit le cas où les étages d'une maison appartiendraient à différents maîtres ; elle fixe la manière dont ils doivent contribuer aux réparations et reconstructions des parties restées communes ; si les titres gardent le silence, cette contribution est réglée eu égard à l'intérêt de chacun. Les gros murs, le toit, les voûtes et autres parties restées mitoyennes se réparent ou se rétablissent à frais communs ; chaque propriétaire répare ou rétablit seul tout ce qui fait partie de son étage. (Art. 664.)

Distance à observer pour la plantation des arbres ou des haies (art. 671, p. 866).— Cette distance est ordinairement déterminée par des règlements locaux ou particuliers. Le législateur ne statue que dans la prévision du cas où les titres garderaient le silence : pour les arbres de haute tige, elle est de deux mètres ; pour tous autres et pour les haies *vives*, elle est d'un demi-mètre.

Le voisin peut exiger que les arbres ou haies plantés à une moindre distance soient arrachés. Toutefois il serait privé de ce droit, si trente années s'étaient écoulées depuis la plantation.

Lors même qu'elle aurait été observée, il conserve la faculté de réclamer l'élagage des arbres qui avancent sur son terrain; mais il ne peut, de sa propre autorité, couper ou faire couper les branches qui avancen sur son terrain qu'en vertu d'un jugement.—Quant aux racines, le voisin peut les couper lui-même, sans formalités préalables.

Questions. — Le propriétaire des arbres plantés à la distance prohibée ne peut les remplacer s'ils périssent ou sont abattus par accident, lors même qu'ils ont subsisté pendant trente années depuis la plantation (p. 868).

Bien qu'il ait perdu par prescription le droit de faire abattre les arbres, il conserve dans tous les cas celui de faire couper les branches (p. 868).

Le voisin sur lequel s'étendent les branches ne peut

s'emparer des fruits tombés sur son terrain ; il doit même livrer passage au propriétaire de l'arbre, pour les ramasser ou les récolter. (P. 870.)

Les arbres qui se trouvent dans une haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie ; chacun des voisins récolte les fruits qui se trouvent de son côté. S'il est abattu, le bois se partage en proportion de l'espace que le tronc occupait sur les deux héritages. (Art. 673.)

SECTION II.

Précautions à prendre pour certaines constructions (art. 674).

Le droit conféré à tout propriétaire de faire sur son héritage tels travaux que bon lui semble, doit se concilier avec le respect dû à la propriété voisine. Des règlements et usages locaux prescrivent les mesures à prendre pour les cas où il voudrait effectuer certains travaux, ou amasser sur son terrain des matières corrosives.—Une indemnité serait due par l'auteur du fait, si ces précautions avaient été négligées.

Le voisin peut renoncer à l'observation de celles qui auraient pour seul objet son intérêt personnel. Quant à celles qui intéressent la sûreté publique, il va de soi que le silence prolongé du propriétaire voisin ne peut autoriser leur maintien.

Nonobstant ces termes de l'art. 674 : que le mur soit mitoyen ou *non*..., nous pensons qu'il faut restreindre sa disposition au cas où le voisin est intéressé à la conservation du mur, ce qui suppose que ce mur est mitoyen. (P. 873.)

L'art. 674 n'est pas *limitatif;* le législateur se borne à nous donner quelques exemples.

SECTION III.

Des jours et des vues sur la propriété du fonds voisin.

Voyez le sommaire (p. 874).

Distinguons : le mur est *mitoyen*, ou il ne l'est pas : au premier cas, l'un des copropriétaires ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer aucune fenêtre ou ouverture ; au deuxième cas, le propriétaire exclusif du mur a cette faculté, mais sous certaines conditions. — Si le mur joint *immédiatement* l'héritage voisin, le propriétaire de ce mur ne peut avoir que des *jours* (*voy.* le sommaire, p. 875), encore doit-il garnir les ouvertures d'un treillis de fer, poser un châssis à verre dormant, et se conformer aux art. 675-677, relatifs à la hauteur qu'il convient d'observer. — Si le mur se trouve à une certaine distance de l'héritage voisin, on peut même y pratiquer des vues. (P. 875.) Cette distance varie suivant que les vues doivent être droites ou obliques. (Art. 678-679).

La distance se compte depuis le parement extérieur du mur, et, s'il y a balcon, depuis leur ligne extérieure.

Le voisin qui acquiert la mitoyenneté d'un mur peut boucher les jours de souffrance qu'on y a pratiqués, en observant les conditions prescrites par la loi, lors même qu'ils subsistent depuis plus de 30 années.

Si les ouvertures ont été pratiquées au mépris des règles déterminées, il n'a pas cette faculté, car elles constituent des servitudes. Ces servitudes, étant continues et apparentes, peuvent s'établir par prescription.

Questions. — Un propriétaire ne peut élever sur son héritage des constructions qui aient pour résultat de masquer les vues pratiquées au mépris des dispositions de la loi, dans le mur construit sur l'héritage voisin, si elles ont subsisté pendant trente années, et, *à fortiori*, s'il y a titre ou destination du père de famille. (P. 878.)

On peut ouvrir des vues droites sur l'héritage voisin quand l'espace intermédiaire est un terrain public, bien que ce terrain ait moins de six pieds de largeur.

Si celui qui pratique les vues construit sur son terrain un mur assez élevé pour ne pas voir dans l'héritage voisin, il n'est pas tenu d'observer la distance prescrite. (P. 879.)

Secùs, si le mur appartient au voisin.

Les règles des art. 677-679 ne peuvent être opposées au propriétaire d'un enclos qui voudrait pratiquer dans son mur de clôture des vues sur la campagne. (P. 881.)

SECTION IV.

De l'égout des toits (art. 681).

Celui qui bâtit une maison sur l'extrémité de son terrain doit laisser, pour recevoir les eaux de son toit, un espace suffisant pour recevoir les eaux pluviales, et disposer les lieux de manière à en faciliter l'écoulement. C'est là une conséquence du principe qu'on ne peut rien avoir de suspendu sur l'héritage voisin. (Art. 681, p. 881.)

On connaissait autrefois, dans plusieurs coutumes, une servitude légale dite d'échelage ou *tour d'échelle :* cette servitude n'a pas été maintenue dans nos lois modernes. (P. 882.)

SECTION V.

Du droit de passage en cas d'enclave. (P. 883.)

Voy. le sommaire (p. 883).

Le propriétaire dont le fonds est enclavé, c'est-à-dire, qui n'a point sur la voie publique une issue convenable pour l'exploitation de son héritage, peut réclamer de ses voisins un passage pour gagner la voie publique. Ce droit est imprescriptible.—Le passage n'est accordé qu'au nom de la loi impérieuse de la nécessité, et la nécessité n'est manifeste qu'autant que le propriétaire du fonds se trouve lui-même dans l'impossibilité de se procurer sur ses propres héritages un passage suffisant. Dans tous les cas, ce droit est restreint aux besoins de l'exploitation, et il doit être accordé par la voie la moins dommageable au propriétaire du fonds assujetti. Les tribunaux sont, à cet égard, souverains appréciateurs des circonstances (art. 683 et 684, p. 886 et 887). — Ce dernier, du reste, peut prétendre à une indemnité proportionnée au dommage qu'il éprouve. Elle est fixée par le tribunal, si les

parties ne parviennent pas à s'entendre sur ce point (art. 682, p. 883). — Le droit à l'indemnité est essentiellement prescriptible; la prescription s'opère par trente ans, à partir du jour où il a pris naissance, c'est-à-dire à partir de l'enclave (art. 685, p. 887).

Lorsque la nécessité vient à cesser par une cause quelconque, la servitude légale s'évanouit, quand même elle aurait été exercée pendant plus de trente ans, puisque sa cause disparaît.

L'indemnité doit être restituée, si elle ne consiste pas dans une prestation annuelle; seulement il est fait déduction d'une somme que les tribunaux apprécient, eu égard au temps pendant lequel le propriétaire enclavé a joui de la servitude. (P. 888.)

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME (art. 686-689).

Voy. le sommaire (p. 889).

Les propriétaires peuvent établir sur leurs héritages telle servitude que bon leur semble, pourvu qu'elle n'ait rien de contraire à l'ordre public.

Pour constituer une servitude, il faut naturellement avoir la propriété du fonds que l'on veut grever, et jouir du libre exercice de ses droits civils; il faut, en outre, en certains cas, observer certaines formes protectrices que la loi prescrit dans l'intérêt de certaines personnes, sur lesquelles elle étend spécialement sa sollicitude.

Tous ceux qui peuvent constituer des servitudes sur leur fonds ont naturellement la faculté d'en acquérir.—Cette faculté est conférée même aux administrateurs légaux des biens d'autrui. Il y a plus : on peut, sans être propriétaire ni représentant du propriétaire, stipuler une servitude au profit d'un fonds, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à autrui.

La nature des services fonciers nous indique suffisamment qu'ils ne peuvent être imposés à une personne ni en faveur d'une personne. (Art. 686, p. 890.)

SECTION II.

Comment s'établissent les servitudes.

Voy. le sommaire (p. 897).

Comment s'établissent les servitudes continues et apparentes : toutes les servitudes peuvent s'établir par titre.

Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent, en outre, soit par prescription, soit par la destination du père de famille.

Pour conduire à la prescription, la possession doit réunir certains caractères. — Elle ne court utilement que du jour où des ouvrages destinés à l'établissement ou à l'exercice des servitudes ont été faits et terminés : cet effet est refusé aux actes de pure faculté ou de simple tolérance. (Art. 690, p. 897.)

Questions. — On peut acquérir les servitudes continues et apparentes par la prescription de dix et vingt ans, quand il y a titre et bonne foi. (Art. 2265; p. 899.)

Les tribunaux ne peuvent créer de servitudes réelles. (P. 901.)

Celui qui a la possession annale et régulière d'une servitude susceptible de s'acquérir par prescription est affranchi de l'obligation de prouver au pétitoire qu'il est propriétaire de ce droit. (P. 901.)

La *destination du père de famille* vaut titre (*voy.* le sommaire, p. 903.; elle est fondée sur la convention tacite de laisser le fonds dans l'état où il se trouve au moment où l'un des héritages sort des mains du propriétaire qui les possédait.

Pour qu'il y ait destination du père de famille, trois conditions sont requises; il faut :

1° Que les servitudes soient *continues et apparentes;* — 2° que les deux fonds aient appartenu au même propriétaire; — 3° enfin, aux termes de l'art. 693, que les choses soient mises par lui dans l'état duquel résulte la servitude. — Nous pensons néanmoins que cette dernière condition n'est pas de rigueur : on ne voit pas de raison pour distinguer entre le cas où il a maintenu, et celui où il a créé l'état des choses. (Art. 692 et 693, p. 903.)

Question. — L'art. 693 parle du propriétaire de deux héritages; mais il faut appliquer la même règle au cas où il établit, sur une partie d'un fonds, une charge au profit d'une autre partie. (P. 903.)

Comment s'acquièrent les servitudes discontinues et les servitudes continues non apparentes. — Ces sortes de servitudes ne peuvent s'acquérir que par titre. La possession même immémoriale serait impuissante pour les constituer. — Du reste, la loi ne dispose que pour l'avenir; elle respecte les droits acquis avant sa promulgation.

Questions. — Les servitudes discontinues ou non apparentes ne peuvent s'acquérir par la prescription de dix et vingt ans. (Art. 2465; p. 908.)

Peu importerait que la possession remontât à une époque antérieure à la promulgation du Code. (P. 908.)

Regles particulières sur la constitution des servitudes. — Un signe apparent suffit pour que les servitudes discontinues soient maintenues, lorsqu'il est prouvé que ces servitudes ont été régulièrement constituées avant que les deux fonds se trouvassent réunis dans la même main, si le propriétaire dispose ensuite de l'un de ces fonds (art. 694). — Cette décision, toutefois, n'est pas généralement admise. (P. 905.)

Si le titre constitutif d'une servitude est perdu, il peut être remplacé par un titre récognitif, émané comme de raison du propriétaire du fonds asservi. Il n'y a point lieu de distinguer, comme paraît l'indiquer le texte, si cette servitude est ou non susceptible d'être acquise par prescription. (Art. 695, p. 909.)

Question. — L'acte récognitif d'une servitude n'est pas soumis à la forme prescrite par l'art. 1337. (P. 910.)

Une servitude peut, en certains cas, s'établir comme accessoire d'une autre; la loi s'en explique pour le passage. (Art. 696, p. 910.)

SECTION III.

Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

Voy. le sommaire (p. 911).

L'étendue du droit de servitude se règle, savoir : par l'intention du constituant, lorsque ce droit est établi par titre ou destination du père de famille; et par les limites de la possession, lorsqu'elle est acquise par prescription, conformément à la maxime : *Quantùm possessum tantùm præscriptum.*

Le fait une fois déterminé, il est clair que le propriétaire du fonds dominant peut user de la servitude, et prendre toutes les mesures nécessaires pour la conserver.

Les travaux et ouvrages qu'il juge convenable d'entreprendre pour atteindre ce but sont, comme de raison, à ses frais; car la servitude, en général, ne consiste pas à faire.—Toutefois, la loi permet d'imposer accessoirement cette charge au fonds servant, soit par le titre constitutif, soit par un titre postérieur. Mais il peut s'en affranchir par l'abandon, car il n'est pas lié personnellement, mais seulement *propter rem.* (Art. 699, p. 913.)

Question. — Le propriétaire du fonds servant n'est pas tenu, pour s'affranchir d'une servitude, d'abandonner son fonds en totalité, mais seulement la partie du fonds sur laquelle s'exerce la servitude. (P. 914.)

Comme la servitude est due à toutes les parties de l'héritage dominant, il va de soi que, si cet héritage vient à être divisé, chacun des propriétaires peut user de la servitude pour la part qui lui est échue, pourvu que la condition du fonds assujetti ne soit pas aggravée. (Art. 700, p. 915.)

Vice versâ, le partage du fonds servant ne peut avoir pour effet de restreindre les droits du fonds dominant.

Le propriétaire du fonds dominant, qui peut faire tous travaux pour l'usage et la conservation de son droit, peut, *à fortiori*, s'opposer aux actes contraires que pourrait faire le propriétaire du fonds servant, notamment en transférant arbitrairement l'exercice de la servitude dans un lieu autre que celui où elle aurait été primitivement assignée. — Toutefois, l'équité a fait admettre qu'il pourrait assigner un autre lieu, si la servitude lui était devenue onéreuse, pourvu que ce lieu fût aussi commode. (Art. 701, p. 916.)

En cas de contestation, le tribunal statuerait.

Il est clair que, de son côté, le propriétaire du fonds dominant ne doit rien faire qui puisse aggraver la position du fonds dominant.

SECTION IV.

Comment les servitudes s'éteignent.

Voy. le sommaire (p. 918).

Suspension de l'exercice des servitudes. — Cette suspension a lieu lorsqu'il est devenu impossible d'user de la servitude; elle revit si les choses reviennent à leur premier état, à moins qu'il ne se soit écoulé un espace de temps suffisant pour opérer la prescription. (Art. 704, p. 921).

Extinction des servitudes. — Les servitudes s'éteignent :

1° Par la *confusion* (art. 705), pourvu que la réunion soit parfaite et irrévocable ;

2° Par le non-usage du droit pendant trente ans (art. 706). — La prescription court d'une époque différente, suivant que la servitude est continue ou discontinue. (Art. 707, p. 923.)

Questions.— L'extinction des servitudes peut s'opérer par la prescription de dix et vingt ans. (Art. 2265; p. 924.)

Les servitudes peuvent être modifiées par la prescription. — Distinction. (Art. 708, p. 925.)

On peut conserver la servitude par soi-même ou par un tiers qui l'exerce, car c'est le fonds dominant qui jouit du droit ; par conséquent, durant l'indivision, la jouissance de l'un des copropriétaires empêche la prescription à l'égard de tous. (Art. 709, p. 926.)

Après le partage, l'extinction peut s'opérer partiellement.

Ce principe reçoit naturellement son application lorsque, parmi les copropriétaires, il s'en trouve un contre lequel la prescription n'a pu courir ; il conserve le droit des autres. (Art. 710, p. 927.)

Voy., pour quelques autres causes d'extinction, l'art. 710, p. 927.)

FIN DU TOME II.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

TITRE VI.

Du divorce. 1

De la séparation de corps. 11
Causes de la séparation. 12
Procédure en séparation. 26
Mesures provisoires et conservatoires auxquelles donne lieu la demande en séparation. 32
Effets de la séparation :
— Par rapport aux enfants. 38
— Par rapport aux époux entre eux. . 40
En ce qui concerne les intérêts pécuniaires des époux. 41
Peines prononcées contre la femme adultère. 48
Comment la séparation de corps peut cesser ; l'effet de la réunion des époux. 50
Résumé. 53

TITRE VII.

De la paternité et de la filiation. 61

CHAP. Ier. — Filiation des enfants légitimes. 62
Enfant conçu et né pendant le mariage. . 66
Enfant né pendant le mariage, mais conçu auparavant. 73
Enfant né après la dissolution du mariage. . 77
A qui appartient l'action en désaveu ; contestation de la légitimité. 79
Dans quel délai doit être exercée l'action en désaveu. 82
Effets du jugement qui admet ou qui rejette le désaveu. 89
CHAP. II. — Preuves de la filiation des enfants naturels. . 90
Preuves de la filiation par l'acte de naissance. 92
— par la possession d'état. 94
— par témoins. . . . 99
Autorité compétente pour prononcer sur la question d'état. 105
Caractères de l'action en réclamation et en contestation d'état. 108
CHAP. III. — Des enfants naturels. 113
SECT. 1re. — Légitimation. 114

SECT. 2. — Reconnaissance des enfants naturels. . . . 121
Reconnaissance volontaire. 127
Reconnaissance forcée. 146
Déclaration judiciaire de maternité. . . . 146
Recherche de la paternité. 155
Enfants incestueux ou adultérins. 165
Résumé. 172

TITRE VIII.

De l'adoption et de la tutelle officieuse.

CHAP. Ier. — De l'adoption 186
Conditions requises pour adopter. 189
— pour être adopté. . . 190
SECT. 1re. — Effets de l'adoption. 200
SECT. 2. — Sa forme. 210
CHAP. II. — De la tutelle officieuse. 221

TITRE IX.

Puissance paternelle. 239

De la puissance paternelle en ce qui concerne la personne des enfants légitimes. . . . 240
Droit d'éducation. 240
Droit de correction. 245
De la puissance paternelle en ce qui concerne l'administration et la jouissance des biens de l'enfant. 255
Comment s'éteint l'usufruit légal des père et mère. 268
De la puissance paternelle relativement à l'enfant naturel.. 271
Résumé. 271

TITRE X.

Minorité, tutelle, émancipation.

CHAP. Ier. — De la minorité. 284
CHAP. II. — De la tutelle. 285
De l'administration légale. 287
SECT. 1re. — Tutelle des père et mère. 297
SECT. 2. — — testamentaire. 317
SECT. 3. — — des ascendants. 325
SECT. 4. — — dative. 328
Du conseil de famille. 333
Convocation du conseil de famille. . . . 336
Organisation du conseil de famille. . . . 344
Formes de la délibération. 352
SECT. 5. — Du subrogé tuteur. 355

SECT. 6. — Causes qui dispensent de la tutelle. . . . 362
Excuses fondées sur l'acceptation de fonctions publiques. 363
— sur la non-parenté. 367
— sur l'âge et les infirmités. . 368
— sur le nombre de tutelles. . 371
— sur le sexe. 374
Epoque à laquelle doivent être présentées les excuses; autorité compétente. 374
SECT. 7. — Incapacité, exclusions et destitutions de la tutelle. 378
Causes d'incapacité. 379
Causes d'exclusion ou de destitution. . . 383
Causes d'exclusion ou de destitution relatives aux membres du conseil de famille. . . 392
SECT. 8. — Administration du tuteur. 394
Devoirs imposés au tuteur lorsqu'il entre en fonction. 395
Des scellés et de l'inventaire. 396
Vente des biens meubles. 402
Règlement des dépenses du mineur. . . . 407
Règles générales sur le mode de gestion. . 415
Actes que le tuteur peut faire en sa seule qualité. 422
Actes pour lesquels il doit obtenir l'autorisation du conseil de famille. 430
Actes pour lesquels l'homologation du tribunal est requise. 447
Actes soumis à des formes spéciales. . . 448
Actes interdits au tuteur. 448
Fin de la tutelle. 454
SECT. 9. — Comptes de tutelle. 459
Quand et dans quelle forme ce compte doit être rendu. 464
Frais du compte; forme dans laquelle il doit être présenté. 466
Effets de la reddition du compte de tutelle. . 476
CHAP. III. — De l'émancipation. 485
De l'émancipation tacite. 487
De l'émancipation expresse. 488
De la nomination du curateur. 493
Effets de l'émancipation. 497
— quant à la personne. 497
— quant aux biens. 498
Actes que le mineur émancipé peut faire seul. 499
Actes pour lesquels il doit être assisté d'un curateur. 502

Actes pour lesquels le mineur émancipé est assimilé au mineur en tutelle. 506
Actes interdits au mineur émancipé. . . . 508
Effets des engagements contractés par le mineur émancipé. 508
Dans quels cas et sous quelles conditions l'émancipation peut être révoquée. 511
Effets de la révocation. 512
Du mineur commerçant. 515
Résumé. 516

TITRE XI.

Majorité, interdiction, conseil judiciaire.

CHAP. Ier. — De la majorité. 544
CHAP. II. — De l'interdiction. 544
Causes d'interdiction. 546
Par quelles personnes l'interdiction peut être poursuivie. 547
Procédure en interdiction. 551
Effets de l'interdiction. 559
— quant à la personne et aux biens de l'interdit. 559
— quant aux actes consentis par l'interdit lui-même. 567
Quelles causes font cesser l'interdiction ; procédure à suivre pour obtenir mainlevée. 574
CHAP. III. — Du conseil judiciaire. 576
Loi sur les aliénés. 585
Résumé. 587

LIVRE DEUXIÈME.

DES BIENS, ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ. 592

TITRE Ier.

De la distinction des biens. 594

CHAP. Ier. — Des immeubles. 596
Immeubles par leur nature. 597
— par destination. 603
— par l'objet auquel ils s'appliquent. 611
CHAP. II. — Des meubles. 621
Meubles par leur nature. 621
— par la détermination de la loi. . . 623
CHAP. III. — Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent. 637
Domaine privé de l'État. 643
Domaine des communes. 644

Droit que l'on peut acquérir sur les biens. . 645
Résumé. 647

TITRE II.

De la propriété. 653

CHAP. Ier. — Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose. 657
Effets de la possession en ce qui concerne les fruits. 660
CHAP. II. — Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose. 665
SECT. 1re. — Du droit d'accession relativement aux immeubles. 665
Droit d'accession relativement aux plantations et aux constructions. . . 665
— relativement aux accroissements. 675
— relativement aux animaux sauvages qui se trouvent sur le terrain. 681
SECT. 2. — Droit d'accession relativement aux choses mobilières. 683
Adjonction. 684
Spécification. 685
Mélange. 687
Résumé. 689

TITRE III.

De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. 697

CHAP. Ier. — De l'usufruit. 699
Règles générales sur l'usufruit. 699
SECT. 1re. — Droits de l'usufruitier. 710
Distinction des fruits. 711
Comment s'acquièrent les fruits. 713
Droits accessoires de l'usufruitier. 729
SECT. 2. — Obligations de l'usufruitier quand il entre en jouissance. 738
De l'inventaire. 738
De la caution. 738
Obligations de l'usufruitier pendant sa jouissance. 747
— En ce qui touche les réparations. 749
— En ce qui touche les charges inhérentes au fonds. 754
— En ce qui touche les dettes. . 758
Usufruit des animaux. 765
Conséquences des procès. 767
Droits et obligations du propriétaire. . . . 769

SECT. 3. — Comment l'usufruit prend fin. 771
CHAP. II. — De l'usage et de l'habitation. 783
Résumé. 794

TITRE IV.

Des servitudes, ou services fonciers. 809
CHAP. Ier. — Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux. 814
Etendue de la servitude. 814
Eaux courantes. 823
Bornages. 830
CHAP. II. — Des servitudes établies par la loi. 832
Dans l'intérêt public. 832
Dans l'intérêt des particuliers. 834
SECT. 1re. — Du mur mitoyen. 834
Circonstances qui paralysent la prescription de mitoyenneté. 838
Charges de la mitoyenneté. 843
Effets de la mitoyenneté. 845
Acquisition de la mitoyenneté. 849
De la clôture forcée. 852
Fossés mitoyens. 853
Haies mitoyennes. 861
Autres espèces de mitoyenneté. 864
Distance à observer pour les plantations. . 866
SECT. 2. — Distance à observer et ouvrages intermédiaires pour certaines constructions. 872
SECT. 3. — Des vues sur la propriété voisine. 874
Des jours de souffrance. 875
Des vues. 877
SECT. 4. — De l'égout des toits. 881
SECT. 5. — Du droit de passage. 883
CHAP. III. — Servitudes établies par le fait de l'homme. . 889
SECT. 1re. — Des diverses espèces de servitudes. 889
SECT. 2. — Comment les servitudes s'établissent. . . . 896
Comment s'acquièrent les servitudes continues et apparentes. 897
De la destination du père de famille. . . . 901
Comment s'acquièrent les servitudes discontinues ou non apparentes. 904
Règles particulières sur la constitution des servitudes. 905
SECT. 3. — Droits du propriétaire du fonds dominant. . 911
SECT. 4. — Comment s'éteignent les servitudes. . . . 918
Suppression de l'exercice des servitudes. . 919
Extinction des servitudes. 922
Résumé. 928

Poitiers. — Imp. de A. DUPRÉ.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ 1

Dispositions générales. 3

TITRE Ier.

Des successions. 20

CHAP. Ier. — De l'ouverture des successions et de la saisine des héritiers. 22
CHAP. II. — Des qualités requises pour succéder. . . . 38
CHAP. III. — Des divers ordres de succession. 59
SECT. 1re. — Dispositions générales. 59
SECT. 2. — De la représentation. 70
SECT. 3. — Des successions déférées aux descendants . 77
SECT. 4. — Des successions déférées aux ascendants. . . 78
SECT. 5. — Des successions collatérales. 101
CHAP. IV. — Des successions irrégulières. 107
. 1re. — Droits des enfants naturels et successions aux enfants naturels. 107
SECT. 2. — Droits du conjoint survivant et de l'État. . . 153
CHAP. V. — De l'acceptation et de la répudiation des successions. 166
SECT. 1re. — De l'acceptation. 166
SECT. 2. — De la renonciation aux successions. . . . 189
SECT. 3. — Du bénéfice d'inventaire. 207
SECT. 4. — Des successions vacantes. 241
CHAP. VI. — Du partage et des rapports. 248
SECT. 1re. — De l'action en partage et de sa forme. . . 248
SECT. 2. — Des rapports. 298
SECT. 3. — Du payement des dettes. 347
SECT. 4. — Effets du partage et de la garantie des lots. . 388
SECT. 5. — De la rescision en matière de partage . . 404
Résumé analytique du titre des successions. . 418

TITRE II.

Des donations entre-vifs et des testaments. . . 449

CHAP. Ier. — Dispositions générales. 450
CHAP. II. — De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament. . . 472
CHAP. III. — De la portion de biens disponible et de la réduction. 497
SECT. 1re. — De la portion de biens disponible. . . . 497
SECT. 2. — De la réduction des donations et legs. . . . 518

FIN DE LA TABLE DU TROISIÈME VOLUME.

883

Poitiers. — Imp. de A. DUPRÉ.

CE 22

a39003 008508599b

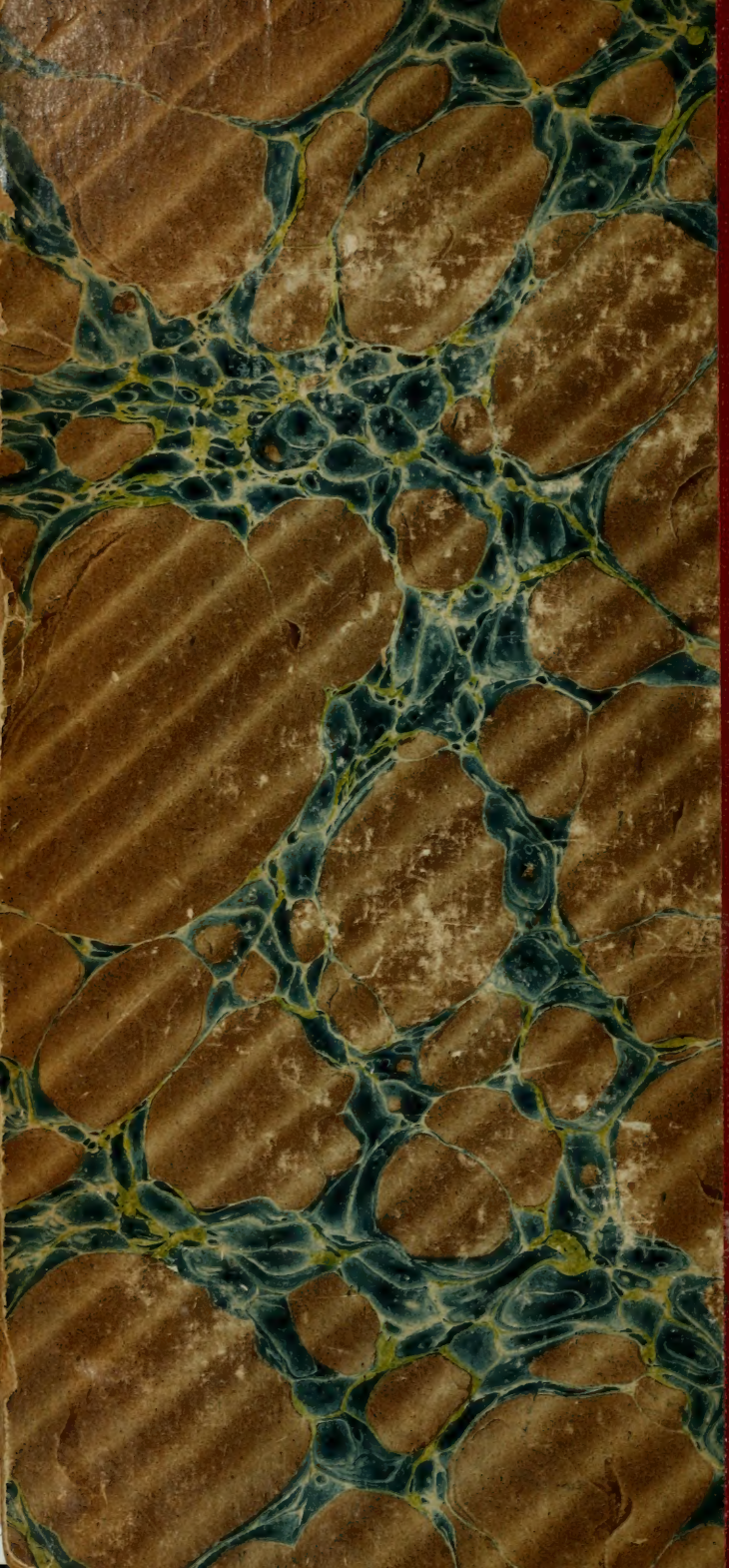
Bibliothèques
Université d'Ottawa
Echéance

Libraries
University of Ottawa
Date Due

OCT. 07 1997

03 OCT. 1997

MAR 02 1998

MAR 16 1998

11 MARS 1998